



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

**“FACTORES DETERMINANTES DE LA TENENCIA DE MENORES EN LOS
JUZGADOS DE FAMILIA DE TRUJILLO: LA PRIMACÍA DEL INTERÉS
SUPERIOR DEL NIÑO”**

AUTOR

BACHILLER: SANDRA PATRICIA NOBLECILLA ULLOA

ASESOR

CARMEN ROSA MEI LING KCOMT REYNA

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

TRUJILLO, 07 DE MARZO 2014

DEDICATORIA.

A mi Madre, por su confianza, amor incondicional, por ser el modelo de lucha y perseverancia que me hace crecer día a día.

A mi abuela Holanda, mis tíos, Beto y especialmente *Víctor Ulloa*, quién inspiró la realización de la presente investigación.

AGRADECIMIENTO.

Al Divino Niño Jesús, quien ha derramado sobre mi, bendiciones, dándome fortaleza y perseverancia para seguir adelante.

A las Dras. Carmen Rosa Mei Ling Kcomt y Ena Obando Peralta, por quienes he llegado a obtener los conocimientos necesarios para el desarrollo de la presente Tesis, gracias por su gran apoyo intelectual.

INDICE DE CONTENIDOS

	Pg.
RESUMEN.	
ABSTRACT.	
CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN.	8
1. Realidad problemática.	10
2. Formulación del problema.	12
3. Justificación.	12
4. Limitaciones.	13
5. Objetivos	13
5.1. Objetivo General.	13
5.2. Objetivos Específicos.	14
CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO	15
1. Antecedentes.	15
– NACIONALES	15
– INTERNACIONALES:	15
2. Bases Teóricas.	15
1. Instituciones familiares	15
1.1. Instituciones familiares en la legislación peruana	15
A) Patria Potestad	15
B) Tenencia de Niños y Adolescentes	16
C) Alimentos	17
D) Tutela	18
E) Curatela	19
F) Consejo de Familia	19
G) Régimen de Visitas	20
2. Tenencia de los niños y adolescentes	20
2.1. La paternidad responsable y la coparentabilidad como aspectos fundamentales	20
2.1.1. La paternidad responsable	21
2.1.2. Coparentabilidad	21
2.2. La tenencia del menor	24
2.3. Clases de tenencia	26
2.3.1. Tenencia monoparental	26
2.3.1.1. Factores de riesgo de la mono parentabilidad	27
2.3.1.2. La tenencia monoparental y sus efectos en el desarrollo del menor	30

2.3.2. Tenencia compartida	31
A) La Tenencia Legal Conjunta	33
B) La Tenencia Física Conjunta	33
2.3.2.1. La tenencia compartida y sus efectos en el desarrollo y bienestar del menor	33
2.4 Factores adoptados para la recomendación de un tipo de tenencia	35
2.4.1 ¿Qué se entiende por factores?	35
1. Edad del menor	36
CUADRO N° 01	
1.1 Estudios en torno a la edad del menor	37
2. Sexo del hijo y de los padres	38
3. El tiempo de convivencia	39
4. Distancia Geográfica	39
5. La actividad de los padres	40
6. La estabilidad emocional de los padres y los hijos	41
7. Aspectos económicos	41
8. Sexo del progenitor	42
9. Mutuo Acuerdo de los Padres	42
2.4. La tenencia como derecho de los hijos	43
3. El principio del interés superior del niño de la mano con la tenencia compartida	44
3.1. El interés superior del niño	44
3.2. Antecedentes	47
3.3. Análisis sobre el interés superior del niño, en relación a tenencia de menores	49
3.4. Modelo de tenencia compartida	50
3.5. La alternativa de la tenencia compartida	52
3.6. Tenencia compartida: el interés del menor en las diferentes estructuras familiares	54
CUADRO N°02	
4. Ley 29269 que incorpora la tenencia compartida en el Perú y la tenencia compartida en otros países	57
4.1. Antecedentes de la ley 29269	57
4.2. La propuesta legislativa modificación al artículo 81 y 84 del código de los niños y adolescente	58
4.3 La tenencia compartida en otros países	60
Definición de términos básicos.	72
CAPÍTULO 3. HIPÓTESIS	75

1.	Formulación de la hipótesis.	75
2.	Operacionalización de variables.	75
	Variable uno	77
	Variable dos	77
	CAPÍTULO 4. MATERIALES Y MÉTODOS	78
1.	Tipo de diseño de investigación.	78
2.	Material de estudio.	78
2.1	Población.	78
2.2	Muestra.	78
3.	Técnicas, procedimientos e instrumentos.	78
3.1	Para recolectar datos.	78
	Análisis de Casos	78
	Encuestas	78
	Entrevistas	78
3.2	Para procesar datos.	79
	CAPÍTULO 5. RESULTADOS	80
	Caso 1	80
	Caso 2	81
	Caso 3	83
	Caso 4	84
	Caso 5	85
	Caso 6	87
	Caso 7	88
	Caso 8	89
	Caso 9	90
	Caso 10	91
	EXPRESIÓN DE RESULTADOS	92
	CAPÍTULO 6. DISCUSIÓN	95
	CONCLUSIONES	99
	RECOMENDACIONES	101
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	103
	ANEXOS.	106
	Anexo 1	107
	Anexo 2	112
	Anexo 3	113
	Anexo 4	114
	Anexo 5	115

Anexo 6	116
Anexo 7	118
Anexo 8	119
Anexo 9	120
Anexo10	121
Anexo 11	

RESUMEN.

Esta investigación, gira en torno a la problemática de cuáles son los factores determinantes a favor de la Tenencia de menores que contravienen el Principio del Interés Superior del Niño en las sentencias expedidas en la ciudad de Trujillo durante el período 2011, investigación que se fundamenta en determinar los alcances de los diversos tipos de Tenencia de niños y adolescentes, las ventajas y desventajas que traen consigo cada una de ellas, teniendo como punto de partida un principio rector el Interés Superior del Niño, que coadyuvará a garantizar el desarrollo integral del menor, quien resulta ser el más afectado cuando existe una disputa entre los progenitores por obtener su custodia.

ABSTRACT.

This investigation focuses on the problem of what are the legal rules for determining the single-parent custody that contravening the best interests of the child in the judgments issued in the city of Trujillo during 2011 year, which is based on research determine the scope of the various types of children and adolescents Tenure or custody and the advantages and disadvantages they bring each taking as its starting point a guiding principle the Best Interest of the Child, which will contribute to ensuring the overall development of the child, who happens to be the most affected when there is a dispute between the parents to get their custody.

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN.

El presente estudio trata sobre la realidad social y judicial con respecto al tratamiento de la Institución Familiar de la Tenencia de niños y adolescentes en el Perú, especificando los tipos de tenencia, de tipo Compartida y tipo de Tenencia Monoparental, esta última se otorga normalmente cuando se presentan casos de custodia de menores, que según la norma viene siendo la excepción y no la regla para ser otorgada en dichos procesos; y, por otro lado tenemos a la Tenencia Compartida, incorporada en nuestro marco legal por la Ley N° 29269 modificando los artículos 81° y 84° del Código de los Niños y Adolescentes, la cual tiene como objeto de que tanto la madre como el padre tengan igualdad frente a sus hijos, tanto en los derechos como en los deberes emergentes de la Patria Potestad al margen de los problemas post-separación, siendo ello concordante con la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece lo siguiente: "Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular" (Art. 9.3), texto de aplicación principal influenciado por el Principio del Interés Superior del Niño, principio determinante para resolver frente a problemas que involucren principalmente a los niños, evitando la aplicación de normas, factores o criterios basados en formatos judiciales poco coherentes con la problemática que se presentan en los juzgados de familia en relación a casos de Tenencia, llevándose rigurosamente una aplicación del Derecho ligada al costumbrismo social que en la práctica se plasma como legal.

Dicho costumbrismo legal es en el que constantemente incurren nuestros magistrados, quienes debido a su pésima y anti metódica aplicación de los criterios jurídicos para fundamentar un fallo con respecto a los casos de Tenencia, los vienen aplicando de manera tan invariable, ya que en su mayoría la madre obtiene la tenencia y al padre se le otorga un derecho o régimen de visitas, aspecto reforzado por la errada idea feminista de los cuidados previos sobre los niños, especialmente cuando estos tienen menos de tres (3) años de edad, otorgándole mayor derecho a la madre sobre el hijo, constituyéndose así una Monoparentabilidad. No obstante, en la práctica, es un derecho de ejercicio relativo dado que pasa por el filtro del acuerdo de la persona que tiene a su cargo el cuidado personal del hijo 'la madre' y de una eventual suspensión cuando perjudique manifiestamente el bienestar del hijo, aspecto que debería determinar el juez. Es así, que al juez le correspondería hacer una evaluación individualizada de cada progenitor, para poder determinar cuál de ellos garantiza mejor los derechos de los hijos de ambos, no

existiendo el inconveniente en el otro progenitor, de acceder o a una tenencia compartida, porque finalmente el gran favorecido será el fruto de la relación disuelta.

El contexto legislativo y jurisdiccional comparado nos permite señalar que sí es posible establecer parámetros regulatorios discrecionales que permitan al juez, tener una mejor herramienta de interpretación casuística para resolver un caso específico, otorgando la tenencia compartida o fijando la tenencia a un solo progenitor, aún con oposición de ellos, partiendo de la facultad que tiene el órgano jurisdiccional de imponer reglas mínimas de conducta a los progenitores, que en caso de ser vulneradas generarían limitaciones de derechos. Tal como se viene dando a nivel internacional, por ejemplo en Alemania y Noruega, que aún cuando existan niveles de conflicto entre los progenitores se ha observado la posibilidad de fijar la tenencia compartida. Solución que se encuentra vinculada sobre todo a los niveles de comprensión del problema social y político de los conflictos familiares que no necesariamente son factibles en el Perú.

Cabe mencionar, que en la mayoría de los países de la Latinoamérica e incluso en ciertos países europeos cuyas legislaciones ya han normado en Derecho, el derecho a la custodia conjunta, la cual viene dando resultados positivos en la formación y desarrollo de los niños y adolescentes. A tenor de ello, para cimentar el giro de la nueva paternidad y la importancia de su rol socio afectivo post-separación, es por tanto, competencia del legislador, ejercer la facultad obligatoria de intervenir para mediar entre ambas instituciones: la Familia y la Justicia. Y si bien es cierto, que las instituciones se modifican más lentamente que los individuos que las integran, el gran desafío del Sistema Judicial peruano, es cumplir frente a una necesidad existente en nuestra familia contemporánea, orientándonos hacia un modelo de Tenencia Compartida que ya se encuentra dada.

Es por ello, que esta investigación está orientada a dar a conocer que el tipo de Tenencia Monoparental es perjudicial para el correcto desarrollo integral del niño y adolescente a la vez que viene afectando directamente el PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, a causa del otorgamiento por parte de los jueces de este tipo de tenencia que provoca la alienación parental, en donde los menores no mantienen un contacto y relación directa con ambos progenitores, ya que la custodia ha sido obtenida solo por uno de ellos, sin que se haya tenido en consideración ciertos aspectos o criterios jurídicos que realmente determinen lo mejor para el menor y su desarrollo; así pues con el presente proponemos el tipo o modelo de la coparentabilidad o Tenencia Compartida, que a nivel internacional viene siendo una institución que ayuda a mantener mejores relaciones de los hijos con sus padres, concentrándose dicha institución en salvaguardar los intereses del menor en pro a su correcto desarrollo integral, ya que la calidad en general de las

relaciones progenitor-hijo, se determina como mejor en la tenencia compartida, en donde se pone de manifiesto una concordancia de derechos entre el menor y sus progenitores; es ahí donde el Juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente en base a diversas circunstancias que garanticen dicho bienestar y criterios jurídicos relevantes que determinen el otorgamiento de una u otro tipo de Tenencia.

6. Realidad problemática.

La determinación de con cuál de los progenitores deben de permanecer los hijos en un divorcio o separación se ha convertido en un problema creciente en las últimas décadas.

Los hijos han sido vistos en el pasado como una propiedad paterna, a quienes tenía que proteger, mantener, educar. Hasta mediados del siglo diecinueve, los padres mantenían un poder casi absoluto de tenencia, a finales del citado siglo algunos cambios históricos como la revolución industrial hicieron que como consecuencia de la salida del padre del hogar para asistir a los centros de trabajo lejos de su lugar de residencia, las madres se convirtieran en las principales cuidadoras. La división resultante de las responsabilidades familiares en cuidadoras primarias y proveedoras directas del alimento influenció las siguientes decisiones sobre la tenencia.

La preferencia paterna existente hasta entonces, fue sustituida por la preferencia materna, basada en la presunción de los “pocos años”.

La presunción de la madre como mejor criadora de los hijos recibió un apoyo intelectual en la teoría psicoanalítica de Sigmund Freud, quien focalizó la crianza exclusivamente en la relación materna, olvidando el papel del padre en el desarrollo de los hijos. La resultante idealización de la maternidad se reflejó con frecuencia en las decisiones de tenencia.

La presunción de la tenencia materna permaneció firme durante muchas décadas, sobre todo en la cultura anglosajona, hasta aproximadamente los años 1960, donde se produjo un movimiento social exigiendo el final de la discriminación existente basada en el sexo.

El movimiento feminista y la entrada de gran número de mujeres en el mercado de trabajo, hizo que muchos estados de EE.UU modificaran a mediados de los años

1970 “la presunción de los pocos años”, por “el mejor interés del niño”, donde por vez primera las decisiones sobre tenencia se basaron en las necesidades de los hijos más que en el género del progenitor.

El Perú no es ajeno a la tendencia de preferencia al menor con su madre sin tomar debidamente en cuenta las condiciones sociales o familiares particulares de las personas. Esta tendencia empieza desde la cultura que se ha forjado, la madre es responsable de criar a los hijos y el padre de proveerlos, pues debido a ello, los asesores o abogados orientan indebidamente a sus clientes o usuarios, si es la madre quien solicita demandar Tenencia de su menor, pues es orientada a defender sus derechos como madre de permanecer con su hijo, sin embargo dándose el caso de que sea el padre quien lo solicite generalmente desprestigian sus capacidades paternas, haciéndolos ajenos a derechos que se les son reconocidos como padres. Lo mismo sucede cuando se judicializa el caso, en la práctica los factores empleados por los jueces de familia, para la otorgar la tenencia a favor de uno de los padres, parecen estar apartados del interés superior del niño e inclinados a los prejuicios socioculturales manteniendo la visión a priori que la madre es la más idónea para ejercer los cuidados del menor, no motivan correctamente sus decisiones, se conducen por un costumbrismo jurídico que ellos mismos han creado, despojando a los padres de sus derechos inherentes como tales, y principalmente no priorizan el derecho del menor a permanecer alado de ellos.

El interés del menor es un principio rector en todas las legislaciones que tratan el tema, en concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño: "Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular" (Art. 9.3). Es este también un principio consagrado por muchas constituciones, algunas de las cuales hacen de ello letra muerta el establecer en la legislación complementaria la sola posibilidad de la custodia exclusiva.

Los artículos 81 y 84 del CNA peruano parecen ser antagónicos, pues por un lado el artículo 81 da la posibilidad de la de la tenencia compartida, el artículo 84 da un marco rígido a las facultades del juez tendentes a la tenencia monoparental a favor de la madre. La posibilidad de actuar a favor del hijo (Interés Superior del Niño) es sólo un marco referencial, mas no es una imposición al juez especializado.

La regla general de solución para el otorgamiento de la guarda, impartida por el Código Civil, expresa que se deberá otorgar la tenencia al progenitor que se considere más idóneo (art. 206, Cód. Civil). En consecuencia, deberá resolverse adjudicando su ejercicio a aquel padre en el que concurren condiciones que hagan presumir que resultarán mejores para la convivencia del menor en el seno familiar. La resolución recaerá entonces "eligiendo" al progenitor que esté en mejores condiciones de hacerlo.

7. Formulación del problema.

¿Cuáles son los factores determinantes a favor de la Tenencia de menores que contravienen el Principio del Interés Superior del Niño en los Juzgados de Familia de la ciudad de Trujillo período 2011?

8. Justificación.

La presente investigación es relevante teóricamente desde una perspectiva básicamente procesal, y concretamente desde un punto de vista donde los menores, sujetos de un proceso de Tenencia interpuesto por sus padres o uno de ellos sean reconocidos como sujetos de derecho. El objetivo es guiar con reglas y principios la actividad judicial que compete a los jueces de familia, quienes deben actuar en base a factores jurídicos que se desprendan del caso en particular, permitiendo que sus decisiones no sean propensas a manipulaciones o factores determinados por simples opiniones.

La precaria formación dogmática a nivel nacional de este campo del derecho, por parte de los abogados y operadores de justicia, abona fácilmente el terreno para que la situación se presente.

Debido a los conflictos intersubjetivos que se presentan, teniendo en cuenta que dicho conflicto se da por el desencuentro de intereses en los que tanto uno como otro proponen argumentos que respaldan su interés, pues la presente investigación resulta relevante en la práctica, en la medida de que no se pretende aportar tan solo soluciones teóricas de manera normativa, sino que éstas brinden un mensaje específico a las personas a la sociedad, sobre la debida protección que el sistema de justicia debe proporcionar a los casos en que se encuentren interferidos niños, niñas y adolescentes. Por tanto el Juez, no debe hacerse un juicio previo y conocer el grado de afectividad de los menores para con sus padres, o la madurez

psicológica de ellos si es que antes no ha analizado sus actitudes, el conflicto que trae consigo y/o la opinión que este tenga sobre el asunto.

En el aspecto valorativo, la investigación es importante ya que se justifica en brindar y aportar concepciones novedosas, que están orientadas a trabajar en función a las doctrinas y normas inspiradas en la protección integral del niño en base al Principio del Interés Superior del Niño, quien se encuentra inmerso dentro de una sociedad cambiante, de tal manera que se pueda hacer efectiva la protección que se busca para los menores sujetos dentro de un proceso judicial en donde sus padres entran en conflicto.

Si atendemos, a que la presente investigación tiene como tipo de estudio teórica y demostrativa, acerca de la intervención por parte de los jueces en los procesos de Tenencia de menores, pues dicha investigación verterá conocimientos propios al estudiante de pregrado y postgrado de la facultad de derecho, ya que las motivaciones, intereses y aportes están dirigidos a brindar un concepto mucho más amplio sobre la institución de la Tenencia y los derechos del niño y adolescente frente a sus padres, construyendo una reflexión sobre los problemas que nosotros como operadores legales percibimos en nuestro entorno de conocimiento.

9. Limitaciones.

- Acceso limitado a expedientes en donde ambos progenitores hayan solicitado la tenencia del niño o adolescente, pudiendo resultar escasos.
- Deficientes recursos que permitan al investigador ampliar la circunscripción de la presente investigación.
- Escasa bibliografía referente a los criterios utilizados en la práctica jurídica para revolver la Tenencia de los niños y adolescentes.

10. Objetivos

10.1. Objetivo General.

- Establecer cuáles son los factores determinantes a favor de la Tenencia de menores que contravienen el Interés Superior del Niño.

10.2. Objetivos Específicos.

- Analizar los alcances de la tenencia de menores.

- Analizar los alcances de los tipos Tenencia de menores.
- Analizar la importancia del Principio del Interés Superior del Niño.
- Identificar cuáles son los factores empleados para optar por un tipo de Tenencia

CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO

3. Antecedentes.

- **NACIONALES:** Se realizó la pesquisa correspondiente y no se hallaron resultados.
- **INTERNACIONALES:**

Según (Echevarría, 2011) en su tesis Doctoral “ La Guarda y Custodia Compartida de los Hijos”, realizada en La Universidad de Granada, Facultad de Derecho, se plantea la problemática actual del Derecho de Familia, la Guarda y Custodia Compartida de los hijos, y refiere que La Custodia Compartida implica una cooperación entre ambos progenitores, apartando el conflicto inicial que fue la separación para tener en cuenta los derechos de sus hijos, quienes son los más afectados en este tipo de situaciones y lo que plantea la Tenencia o Custodia Compartida es velar por su desarrollo integral.

Por su parte (Steffen, 2003) en su tesis para optar el grado académico de Magister en Ciencias de la Educación con Mención en: Orientación Familiar, Relaciones Humanas y Familia, muestra las diferencias entre chicos en tenencia compartida y en tenencia monoparental. El rango de edades va de 4 y 1/2 a 10 años. Los chicos en tenencia compartida resultaron los más satisfechos con el tiempo que pasaban con cada uno de sus padres. Los padres en tenencia compartida resultaron ser los más involucrados con sus hijos. Por tanto, nos dice que una de las ventajas de la Tenencia Compartida es la cooperación derivada de compartir la tenencia entre padres, elimina o reduce los cambiantes compromisos de lealtad de los hijos hacia cada padre que provoca la tenencia monoparental.

4. Bases Teóricas.

5. Instituciones familiares

5.1. Instituciones familiares en la legislación peruana

- H) Patria Potestad: La Patria Potestad resulta siendo la más importante dentro de todas las instituciones que se ubican en el Derecho de Familia, que posteriormente nos referiremos a cada una de ellas; deber derecho de todos los padres, de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, tal como lo consigna la

Constitución de 1993 en su artículo 6, o el deber derecho de los padres, de cuidar la persona y bienes de sus hijos menores, como lo prescribe el artículo 418 del Código Civil, ahora bien, (Aguilar, ¿La tenencia es aributo exclusivo de la patria potestad o también puede extenderse a otros parientes?, 2012) nos dice que tratándose de hijos matrimoniales, el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos padres, en igualdad de condiciones, mientras que si se trata de hijos extramatrimoniales, entonces el legislador alcanza al juzgador, elementos referenciales para otorgar la patria potestad a uno u otro, en el caso de que los padres no vivan juntos.

Para que el juez otorgue la patria potestad, este debe tener en cuenta criterios referidos a brindar el cuidado integral de los hijos menores, resultando trascendental que ante toda decisión tomada por el juez a favor de los menores deba primar el Principio del Interés Superior del Niño o Adolescente recogido por el Código de los Niños y Adolescentes en su Título Preliminar, artículo IX.

Por tanto podemos decir que la patria potestad se refiere al conjunto de derechos y deberes que derivan del ejercicio de la paternidad y corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la misma sobre sus hijos, asumiendo el reparto de funciones como lo es el cuidado, alimentación y crianza de los hijos, sin discriminación alguna. Y si en caso existiera ausencia de uno de los padres, la patria potestad será asumida por uno solo.

Refiere (Rosales, 2005) que mientras los hijos son menores de edad los padres tienen una serie de deberes hacia ellos, para su protección y formación, y para cumplirlos y decidir según la conveniencia de cada momento, necesitan amplias facultades sobre la persona y bienes de sus hijos, llamándose patria potestad al conjunto de éstas, o poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos.

- I) Tenencia de Niños y Adolescentes: El Código de los Niños y Adolescentes, equipara la tenencia a la custodia; ante ello (Aguilar, ¿ La tenencia es aributo exclusivo de la patria potestad o

también puede extenderse a otros parientes?, 2012) cree que es un error, pues la tenencia es un atributo, la facultad, el derecho de los padres a vivir con los hijos, derecho que le es reconocido por ley a ambos padres y como resulta de una opinión unánime, ello implica el derecho a convivir con los hijos; ahora bien, ya en el ejercicio del derecho de tenencia surge el deber de los padres a custodiar a sus hijos y que se traduce en la vigilancia, el cuidado y la protección de los mismos, por lo tanto la custodia vendría a ser un deber (acción de custodiar, persona que cuida a otra), en consecuencia no puede haber identificación entre ambos términos como si fueran sinónimos. Descripción con la que no concuerdo, ya que resulta implícito custodiar a un menor de edad al obtenerse la tenencia del mismo, sin entrar en una correlación o superposición de términos.

La página web (Tenencia, 2011) señala, la tenencia es la responsabilidad parental, de los padres de la niña, niño o adolescente, de velar por su desarrollo integral cuando se encuentren separados de hecho. La madre o el padre que entregue a su hijo en tenencia no pierden la patria potestad. Tal responsabilidad se asume a través del reconocimiento judicial del derecho de custodia y tenencia de un hijo. Procede en caso que los padres se encuentren separados y un cónyuge conviviente le arrebatara al otro a un hijo si estuviera en peligro la identidad física de este.

- J)** Alimentos: Art. 472° Código Civil “Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica según la situación y posibilidad de la familia.

Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo”.

Por su parte el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 92°, prescribe que “Los alimentos son todo lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del

niño y adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del postparto”.

Así pues, (Aguila & Capcha, 2007) señalan que los alimentos son el conjunto de medios materiales indispensables para la subsistencia de las personas y también para la educación y formación de ellas.

Para (Carbonell, Lanzon, & Mosquera, 2010) El concepto de alimentos posee más de una connotación. Comúnmente se entiende por alimento cualquier sustancia que sirve para nutrir, pero cuando jurídicamente nos referimos a el su connotación se amplía en tanto comprende todas las asistencias que se prestan para el sustento y la sobrevivencia de una persona y que no se circunscriben sólo a la comida. Jurídicamente, por alimentos deben entenderse la prestación de dinero o en especie, de una persona, en determinadas circunstancias (indigente, incapaz, etc), puede reclamar de otras, entre las señaladas por la ley, para su mantenimiento y subsistencia; es pues, todo aquello que por misterio de ley o resolución judicial, una persona tiene derecho a exigir de otra para vivir.

La institución de los Alimentos, tiene como fundamento uno de los efectos del parentesco, quienes se deben ayuda mutua, cónyuges y parientes, y la forma normal de cumplirla es la obligación de darse alimentos en caso de necesidad. En este sentido, diversos autores consideran a la obligación alimentaria como una obligación natural, fundada en un principio elemental de solidaridad familiar.

- K)** Tutela: Jurídicamente refieren(Castellanos, Díaz, Hernandez, Pezo, & Sosa, 2011)la tutela es la suplencia de la patria potestad por incapacidad, fallecimiento o ausencia para acudir y representar a un menor de edad en la administración de los bienes. Por ello se dice que es una institución creada por la ley para proteger a los menores de edad que no se encuentran sometidos a la patria potestad, y excepcionalmente aun existiendo padres en ejercicio de aquella para resolver situaciones de

intereses contrapuestos en la administración de los bienes, pero que implica fundamentalmente, la colocación de un menor de edad bajo la asistencia y la representación de una persona mayor de edad, cuyas condiciones hacen presumir que se encontrará capacitado para tales fines.

Art. 502° Código Civil: “Al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y bienes”.

Se entiende por Tutela, al derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil.

- L)** Curatela: Art. 564° Código Civil “Están sujetos a curatela las personas a que se refieren los artículos 43, incisos 2 y 3 y 44, incisos 2 a 8”.

La curatela es inherente a la incapacidad de mayores de edad, establece que se da curador al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes; agregando que son incapaces de administrarlos el demente aunque tenga intervalos lúcidos y el sordomudo que no sabe leer ni escribir.

Según (Avendaño, 2012) citando el Expediente N° 368-1997-Lima, “La curatela es una institución de protección a los mayores de edad, que no están en aptitud para dirigir su persona ni conservar sus bienes. En dicho expediente, habiéndose amparado la demanda al declarársele la interdicción corresponde designarle curador, cuyo cargo debe recaer en la actora como hermana del interdicto.”

- M)** Consejo de Familia: Art. 619 Código Civil “Habrá un consejo de familia para velar por la persona e intereses de los menores y de los incapaces mayores de edad que no tengan padre ni madre.

También lo habrá aunque viva el padre o la madre en los casos que señale este código”.

- N)** Régimen de Visitas: Según (Rosales, 2005) no es un propio derecho sino un complejo de derecho-deber o derecho-función, cuyo adecuado cumplimiento tiene por finalidad no satisfacer los deseos o derechos de los progenitores (o abuelos y otros parientes), sino cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los menores en aras a un desarrollo equilibrado de los mismos.

También menciona (Rosales, 2005) que el derecho de visita no está vinculado a la patria potestad, puesto que persiste igualmente en el supuesto de privación de la misma y se caracteriza por ser inalienable e irrenunciable siendo determinados los supuestos en los que se hablará de suspensión y limitación del derecho de visita.

6. Tenencia de los niños y adolescentes

6.1. La paternabilidad responsable y la coparentabilidad como aspectos fundamentales

En la familia intacta a ambos progenitores les incumbe la responsabilidad del desarrollo psicosocial de los hijos y comparten en forma alterna la tenencia biparental, aspectos determinantes para concluir, que en la dinámica intrafamiliar se operacionaliza un modelo coparental de el cual se encuentra determinado por la distribución de los roles y funciones de los padres hacia sus hijos, estando juntos o separados; en caso de la separación lo que resulta es que desvigorizan la presencia paterna y desperfilan el rol socio-afectivo generalmente del padre, que deviene en una figura ausente que emana señales de abandono a los hijos y la nueva atribución de su rol, adquiere el sentido de pagador, experimentado a la vez el actuar como un visitador eventual de sus propios hijos. Entonces para evitar estas transiciones, surgen conceptos o aspectos que coadyuvan a mejorar las relaciones paterno-filial e intrafamiliares, y en una posible separación se llegue al consenso de que ambos padres son responsables del cuidado de sus hijos sin discriminación alguna, primando el interés del menor quien necesita la presencia de ambos progenitores para la realización de su persona.

De tal modo, (Cuculiza, 2007) señala que los vínculos personales y el contacto directo que un niño debe mantener con el padre o madre son un derecho protegido por nuestras leyes nacionales (Perú) y por normas internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño. Todas estas reglamentaciones reiteran y ratifican, a la vez, el Principio del Interés Superior del Niño como aquel que toda autoridad debe considerar al adoptar una medida que involucra a un menor.

6.1.1. La paternidad responsable

El artículo seis de la Constitución Política del Perú, promueve la paternidad y maternidad responsable, la cual implica el ejercicio efectivo de los deberes y derechos inherentes a la patria potestad; dentro de esta se encuentra el derecho que tienen los padres de vivir con sus hijos, y a su vez el derecho de los hijos de vivir en una familia, sea esta: nuclear, monoparental, separada, reconstituida o ensamblada, entre otras, siempre y cuando le ofrezcan un ambiente sano apto para su desarrollo integral, según el interés superior del niño.

Ocurre que muchas veces, luego del quiebre de la relación matrimonial o conyugal, los hijos pasan a ser parte de una familia en la cual deberá determinarse que solo uno de los progenitores residirá con los hijos, que en muchos casos suele ser la madre, en cuanto la mayoría de autores señalan que ello evitará confusiones en sus hábitos, costumbres y reglas de conducta, siendo estos autores algunos detractores de la coparentabilidad o una posible tenencia compartida, sin tener fundamento alguno.

6.1.2. Coparentabilidad

Este concepto involucra que el padre y la madre son igualmente responsables de sus hijos, cada progenitor debe responder frente a las demandas y expectativas de los hijos de forma independiente o de forma conjunta, porque a su vez el concepto de “coparentalidad engloba al progenitor como un ser completo, capaz de ejercer su rol y el del otro, pero, cada uno conserva su personalidad.

Generalmente la Coparentabilidad es confundida con el Concepto de Tenencia Compartida, por lo que resulta pertinente señalar que ello no es así, debido a que la Coparentabilidad es una nueva forma de entender las relaciones familiares e interparentales, que en muchas situaciones resultan intolerables cuando la disputa de la tenencia se origina por el quebrantamiento de las relaciones conyugales de los padres del menor, por ello es que el objetivo de la Coparentabilidad es lograr la unidad de la familia, en virtud a que ambos progenitores intervienen en igualdad de condiciones en la crianza de sus hijos más allá de si viven juntos o no logrando en ellos un desarrollo integral como fin supremo de la sociedad y del Estado.

Para (Beltrán P. , "El mejor padre son ambos padres" ¿Es viable la Tenencia Compartida en el Perú?, 2009) para la mayoría de tratadistas, la Coparentabilidad es considerada el día de hoy, como una necesidad más que una "moda" en cuanto a la fecha, la mayoría de padres y madres, trabajan fuera de la casa familiar, por lo que es esencial para el desarrollo de los hijos que ambos alternen el cumplimiento de las tareas inherentes al ejercicio de la patria potestad; por ejemplo, si la madre tiene una reunión de trabajo, sea el padre quien acuda a las reuniones del colegio, o si el padre tiene un curso de capacitación sea la madre quien lleve los niños al dentista.

Siguiendo su línea, (Beltrán P. , "El mejor padre son ambos padres" ¿Es viable la Tenencia Compartida en el Perú?, 2009) señala que la Coparentabilidad tiene ventajas no solo para los hijos, sino también para la familia en tanto refuerza la relación paterno filial, ya que a través de esta, se busca reconocer la igualdad de cónyuges o convivientes desde su perspectiva personal y familiar, lo cual favorece a la pareja y por ende a la familia ya que ninguno se sentirá el sacrificado por la crianza de los hijos. En muchos casos de separación o divorcio, la mayoría de cónyuges mujeres, fundan sus pretensiones indemnizatorias en el hecho de que ellas se sacrificaron por la familia dejando de estudiar, de tener amigas y de trabajar, por criar a sus hijos;

debiéndose acotar que ello se evitaría con la coparentabilidad ya que ambos progenitores se desarrollan desde su ámbito personal y a la vez colaboran con activamente en el hogar.

De tal modo dicho modelo, trae consigo ciertas exigencias enfocadas a alcanzar los siguientes objetivos:

El re-establecimiento de las relaciones sociales entre ambos progenitores.

La capacidad de separar la crianza de los hijos de los resentimientos del post-divorcio, para ser capaces de soportar las frecuentes comunicaciones con su ex cónyuge, para cooperar en forma conjunta en la educación de los hijos.

El desafío de separar conyugalidad de parentalidad.

La reorganización de las relaciones recíprocas de éstos con sus hijos post separación conyugal.(Steffen, COPARENTALIDAD POST-SEPARACIÓN CONYUGAL UN PARADIGMA FAMILIAR DE TUICIÓN COMPARTIDA CHILENO, 2003)

Lo significativo de este fenómeno de Coparentabilidad, señala (APFS, 2007) es que, a diferencia de tantos términos que surgen en sustitución de palabras desprestigiadas para designar de modo distinto a la misma realidad, esta nueva terminología ha nacido para diferenciar a una realidad nueva que se abre paso de modo imparable en los países más avanzados de nuestro entorno sociológico.

Tal como apunta (Echavarría, 2011) la coparentabilidad implica cooperación entre ambos progenitores en la gestión del conflicto y, además, adaptación al divorcio entre los padres y sus hijos. De esta manera, la coparentabilidad es posible cuando los progenitores se han adaptado adecuadamente al divorcio y han tomado conciencia de su identidad de co-progenitores.

Todo ello, puedo decir, que tiene una connotación histórica, dada por los cambios sociales de principios del siglo XX, que trae consigo un cambio en la estructura familiar.

6.2. La tenencia del menor

La tenencia es una institución del derecho de familia, que tiene por finalidad, el determinar cuál de los padres estará al cuidado de los hijos en el caso de que exista una separación. Por lo que de acuerdo a las circunstancias, como particularmente señala (Beltrán P. , "El mejor padre son ambos padres" ¿Es viable la Tenencia Compartida en el Perú?, 2009), puede ser definida como:

Un atributo de la Patria Potestad, que se ejerce cuando los padres viven juntos de consuno y, por tanto ejercen sus derechos y deberes en armonía; y como institución propiamente dicha, cuando los padres no residen en el mismo domicilio y, por ende, solo uno de ellos puede vivir con su hijo o sus hijos, por lo que el legislador hoy en día reconoce dos clases de tenencia, con la finalidad de cautelar el derecho de todo niño de compartir con ambos progenitores en igualdad de condiciones.

Por su parte, (COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2006) señala que la Tenencia de Menor, es definida como el trámite tendiente a obtener un reconocimiento Judicial del derecho de Custodia y tenencia de un hijo y procede en caso que los padres se encuentren separados y un cónyuge o conviviente le arrebatara al otro un hijo o si estuviera en peligro la identidad física de este. Es decir que se trata de una institución que tiene por finalidad colocar al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean favorables al menor y en busca de su bienestar, esto es teniendo como fundamento el Interés Superior del Niño y del Adolescente, resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro.¹

La ley nacional refiere que la patria potestad concede como atributo de los padres, el derecho a tener a sus hijos consigo, de allí el nombre de tenencia, que con toda razón sustenta (Aguilar, ¿La tenencia es atributo exclusivo de la patria potestad o también puede extenderse a otros parientes?, 2012), término este que no resulta aplicable en el Derecho

¹ Tenencia etimológicamente deriva del latín "tenere" y "minor" que significa tener al menor (vocabulario usual en la protección de menores del Instituto Interamericano del Niño, OEA)

de Familia, pues más alude a tener consigo algo, como una suerte de pertenencia, y quizás el término tenencia, pueda ubicarse mejor en el plano de las cosas, tal como se encuentra en algunos diccionarios, que cuando aluden a la tenencia, la refieren a la posesión, o tenencia de algunas cosas, empero en el derecho de los infantes, termina aplicándose como atributo de los padres respecto de sus hijos, en la medida que se alude al hecho de que sus padres tienen a sus hijos consigo. En el mismo sentido, (Hollweck, 2001) determina que la voz tenencia evidencia una relación codificante, impropia del vínculo paterno-filial y su proyección jurídica. Sin embargo, el derecho le asigna el sentido de proximidad necesaria del padre o madre hacia el hijo que viabilice las funciones de los roles atribuidos a los progenitores por ley, expresión que no podemos modificar sin perjuicio de una propuesta en tal sentido.

El artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño; tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos que el niño sea objeto de maltrato o violencia familiar, por parte de su padre o madre o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño; en cualquier procedimiento entablado con referencia a lo anteriormente señalado, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones; los Estados Partes respetarán el Derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Por otro lado, el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 81 señala que cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De

no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.

Acertadamente, señala (Mosquera, 2012) que se llega a concluir que la tenencia es una institución que vincula únicamente a los padres con sus hijos, a ningún otro miembro de la familia. En caso de no existir padres, estaremos ante la figura de la tutela, que tiene por finalidad el cuidado del menor que no esté bajo la patria potestad, lo que incluye el cuidado de su persona y de sus bienes, tal como lo señala el artículo 502 del Código Civil.

6.3. Clases de tenencia

Doctrinariamente, se definen varias clases de tenencia, una de ellas: La tenencia exclusiva, la tenencia partida, la tenencia repartida, conjunta o biparental, entre otras; de las cuales nos ocuparemos específicamente en dos de ellas que resultan ser las más importantes y generales, así mismo porque en nuestro ordenamiento jurídico actual acoge solo dos de estas clases de tenencia: La exclusiva o monoparental y la Compartida o biparental.

6.3.1. Tenencia monoparental

La tenencia monoparental o exclusiva, es aquella ejercida por un solo progenitor, despojando al otro (generalmente al padre) del ejercicio de la patria potestad por razones poco justificadas como el determinar la corta edad del menor, quien deberá ser cuidado exclusivamente por la madre, que por razones de costumbre se infiere que es la persona más adecuada para ejercer los cuidados del menor. Es por ello que dicha tenencia, se sostiene en la teoría de los cuidados previos o preliminares del hijo, por lo que sostiene que el niño, niña o adolescente residirá con el progenitor que ejerció su crianza más tiempo, o quién está en mejor capacidad económica para mantenerlo, siendo una excepción las casos referidos a los niños menores de tres años, como lo es en el Perú, que se le otorga la preferencia a la madre, en tanto, aún existe un

nexo de necesidad biológica del niño hacia su madre, lo cual considero erróneo, ya que no se encuentra acierto formal alguno, por lo menos dentro de la rama psicológica.

6.3.1.1. Factores de riesgo de la monoparentabilidad

En la Tenencia Monoparental, como efecto de la separación matrimonial o conyugal, se da la posibilidad de que surjan determinados factores que pongan en riesgo la estabilidad emocional o psicológica del menor respecto al otro progenitor, privándolo de la figura materna o en su mayoría paterna, así mismo dificultando las relaciones paterno-filial, ello debido a que el progenitor que tenga la tenencia del menor se sienta con el derecho de “tenerlo en su posesión” limitando al otro, titular también de la patria potestad, sin habersele suspendido de la misma.

En este aspecto, es dable mencionar que en la tenencia monoparental se pueden presentar las siguientes situaciones, conforme refiere (Steffen, COPARENTALIDAD POST-SEPARACIÓN CONYUGAL UN PARADIGMA FAMILIAR DE TUICIÓN COMPARTIDA CHILENO, 2003):

Acentuado apego del progenitor conviviente con sus hijos. “Los peligros que se corren son el aislamiento y encierro de los hijos y la primacía de las funciones nutritivas (contención emocional) por sobre las normativas (imposición de límites) pudiendo llevar a graves perturbaciones”.

Mezcla de identidades. “El hijo queda expuesto al peligro de tener que responder al sueño de unicidad del progenitor y de compartir sus carencias”.

En el caso de los adolescentes, depende específicamente de los “factores de estrés psicosocial que pueden acompañar a la separación y que en orden

decreciente de importancia psicológica, puede surgir lo siguiente:

- “Aislamiento y pérdida del apoyo social de los progenitores.
- Permanente estado de discordia (conflicto) en la relación de los padres.
- Presencia de un padre emocionalmente angustiado (el custodio).
- Pérdida de la relación con uno de los padres (el no custodio).
- Nuevas relaciones que establecen los padres (sobre todo el custodio).
- Posible nuevo matrimonio de los padres (sobre todo el no custodio)”.

En la línea acertada de (Steffen, COPARENTALIDAD POST-SEPARACIÓN CONYUGAL UN PARADIGMA FAMILIAR DE TUICIÓN COMPARTIDA CHILENO, 2003), luego de darse una tenencia monoparental, surge el régimen de visitas que es producto de normativas que fracturan a la familia, dado que constituye una instancia artificial que desarticula la cotidianeidad física anterior, enfrentándose a una abrupta discontinuidad en la forma de contacto y se ven obligados a adaptar sus sentimientos y necesidades mutuas a los estrechos confines de una visita. Esta situación detona la emergencia de estados ansiosos y confusos en el sistema paterno y/o materno filial, e impide una interacción fluida en la etapa post-separación conyugal, momento en que se cimienta un nuevo estilo relacional, entre padres e hijos. A su vez, el intermitente régimen de visitas establecidos y su carácter tanto temporal como situacional (se dispone de poco tiempo para estar con los

hijos y estos encuentros tienen lugar en ambientes poco familiares para el niño) entorpece el ejercicio de una paternidad estable. En este aspecto, los factores desestabilizadores del sistema familiar dicen relación con:

- Un padre visitador o ex papá que ha perdido el control y que difícilmente podrá imprimir un contacto normal entre padre-hijo como corresponde a una familia intacta.
- Borrar el código de conducta previo del hijo, conlleva a la rebeldía con el progenitor custodio.
- Dificultad para fijar límites, hecho que puede implicar la diferencia entre la pérdida y la ganancia del amor y aprobación de los hijos.
- Excesiva indulgencia para lograr la lealtad de los hijos, y compensar la culpa de la separación.
- Irregularidad en las visitas, que produce confusión en los hijos.
- El clima irreal y cortoplacista de la visita, provocan tensión e induce a la falta de equilibrio entre las actividades recreativas.
- Frustración por la calidad del tiempo, que conforma visitas insatisfactorias.
- Concepciones de culpabilidad de los hijos contra el progenitor no custodio que impiden una comunicación fluida.
- Irregularidad o irresponsabilidad en el cumplimiento económico.
- Visitas angustiantes por dificultad paterna.
- Ausencia mediadora de la madre, en niños de diferentes edades.

- Espaciamiento del contacto por venganza de la ex esposa(o).
- Abandono de los hijos, en la creencia que su presencia puede ser más dañina que beneficiosa.

En consecuencia, se da la vulneración directa del interés superior del niño, ya que lo desestabiliza emocionalmente, frustrando su desarrollo integral, el cual debe ser velado por ambos padres en conjunto al margen de la separación.

6.3.1.2. La tenencia monoparental y sus efectos en el desarrollo del menor

Como se ha mencionado anteriormente, la monoparentabilidad trae como consecuencia, que al ser un solo progenitor el custodio del menor, pues el otro progenitor ya sea madre o en su mayoría el padre despojado de la tenencia de su hijo, pues este tendrá como castigo un régimen de visitas, efecto directo de una tenencia monoparental, provocando a su vez alternancia de los menores quienes tendrán que ver a sus padres fuera de su hogar, o ir cada fin de semana o quincena a visitar a sus padres, tornándose frustrante los cambios temporales de un lugar a otro, especialmente cuando el hijo es menor de edad. Según (Rodríguez, 2008) doctos estudios sociológicos la simple alternancia no provoca ningún trastorno en el menor, lo que si puede ocasionar serios daños es la conducta irreflexiva y enfrentada de los padres; aun así es siempre menor que los severos traumas que acarrea la ausencia de unos de los padres durante la infancia y la adolescencia. "Existen indicios de que, con nuestros bien intencionados esfuerzos por proteger a los niños de la ansiedad, confusión y conflicto normativo del período inmediatamente posterior a la separación, hemos creado las condiciones a largo plazo para los más nefastos síntomas de enojo, depresión y

profunda sensación de pérdida al privar al niño de la oportunidad de mantener una relación plena con cada uno de sus padres”.

En efecto, (Rodríguez, 2008), hace referencia que importantes doctrinas y especialistas en psicología familiar como Richard A. Gardner, habían advertido sobre el denominado "Parental Alienation Syndrome" (Síndrome de Alineación Monoparental, PAS), fenómeno que sufren los hijos cuyos padres separados mantienen un conflicto grave sobre su custodia o tenencia. El síndrome de alienación parental puede inducir en los hijos víctimas una depresión crónica, una incapacidad de funcionar en un ambiente psicosocial normal, trastornos de identidad y de imagen, desesperación, un sentimiento incontrolable de culpabilidad, un sentimiento de aislamiento, comportamientos de hostilidad, falta de organización, personalidad esquizofrénica, inclinación al alcohol y a la droga y otros síntomas de un profundo malestar. Así la Corte Suprema de Ohio (EEUU) planteo "Es deber y obligación de cada padre fomentar y alentar el amor y respeto del niño hacia el otro progenitor, y la dejación en esta obligación es tan dañina para el niño como la dejación en proporcionarle alimentación, vestido, o cobijo.

6.3.2. Tenencia compartida

Ante una familia en la que se han disuelto los lazos de pareja y que se ha reconstituido, los hijos experimentan cambios en la dinámica, en el estilo de las relaciones; pasan de una convivencia donde, de una manera u otra, se compartían los roles maternos y paternos, a una dinámica relacional completamente diferente, donde es el padre o la madre quien va asumir el rol de custodio y probablemente a combinar los roles de padre y madre a la vez (Perez, 2006). Y ante esta dinámica, resulta pertinente hablar de una tenencia Compartida, en donde ambos padres, post-separados, puedan ejercer conjuntamente la tenencia de su hijo o

hijos manteniendo las relaciones familiares y no alterando el desarrollo integral del menor.

De tal modo, que la Tenencia Compartida se conceptualiza como aquella donde el menor reside exclusivamente con uno de sus progenitores pero tiene una relación fluida con el otro; sin los rigores del régimen de visitas. Los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño.

Por su lado (PadresXSiempre, 2010) recogen la definición de Tenencia o Custodia compartida, como la modalidad de custodia de los hijos que tiene como principal objetivo que estos (los niños) sigan manteniendo un contacto asiduo con ambos progenitores.

Centrando en un ámbito específico, en las normas norteamericanas se tiene que en algunos estados (California, Montana) la custodia compartida comprende tanto la custodia legal como la custodia física; mientras que la custodia legal conjunta ha sido ya adoptada por la práctica totalidad de los estados, y la custodia física conjunta es la fórmula considerada a priori como más idónea, las cuales además de ser respaldadas por las legislaciones individuales de los estados se encuentran recogida en la Ley Uniforme sobre Jurisdicción y Aplicación de la Custodia de Niños (Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act, UCCJEA) de 1997. En esta línea algunos estados Norteamericanos que presumen que la custodia física conjunta de los hijos coinciden con el mejor interés superior del niño.

Pues bien, el sustento básico de la Tenencia Compartida lo encontramos en el concepto de coparentabilidad (igual implicación de ambos progenitores) indicado en párrafos anteriores, que desde un punto de vista teórico podríamos entender como la opción más próxima al derecho del niño a disfrutar de ambos progenitores con las implicancias emocionales o educativas que ello conlleva.

- C)** La Tenencia Legal Conjunta: En palabras de (Beltrán, "El mejor padre son ambos padres" ¿ Es viable la tenencia compartida en el Perú?, 2009), la tenencia legal conjunta, en la cual los padres comparten el derecho de decisión, responsabilidad y la autoridad, respecto a todas las cuestiones de importancia que afronte el hijo, por lo que suele acompañarse de un régimen amplio de convivencia que varían según las necesidades del niño y adolescente;
- D)** La Tenencia Física Conjunta: Siguiendo a (Beltrán, "El mejor padre son ambos padres" ¿ Es viable la tenencia compartida en el Perú?, 2009) dicha tenencia, implica que los padres comparten el tiempo de residencia del niño, aunque los períodos de tiempo no tengan forzosamente la misma duración; por ejemplo la madre puede vivir con el niño el 75 por ciento el padre el 35 por ciento, lo cual equivale a que todos los fines de semana pasaría a vivir con él.

Cabe señalar, que en el Perú, la mayoría de estudiosos del derecho de Familia, magistrados, fiscales y legisladores solo se han enfocado en desarrollar la clase de tenencia legal conjunta, en tanto, para una sociedad como la nuestra, aun las personas tienen tabús y desconfianza en la viabilidad de la tenencia física conjunta.

6.3.2.1. La tenencia compartida y sus efectos en el desarrollo y bienestar del menor

Existe el mito de que la Custodia o "Tenencia" Compartida es el reparto equitativo del tiempo de convivencia del niño con cada uno de sus padres, sin embargo, como argumenta (Rodríguez, 2008) es preciso alejarse de interpretaciones simplistas. Efectivamente se trata de reparto equitativo, pero referido a los deberes y derechos de ambos padres para con sus hijos, y eso no entiende de límites temporales. Los niños y adolescentes,

bajo la tenencia Compartida, podrán compartir tiempo con ambos padres, quienes tendrán los mismo derechos y deberes sobre la toma de decisiones.

Con independencia del sexo del hijo es incuestionable que necesita de la presencia de ambos padres para una eficaz educación. Tomemos por ejemplo la relación hija-padre, existe un estudio interesante –"Clinical Observations Father Absence on Interferences of Early in the Achievement of Femininity" (Observaciones clínicas sobre las repercusiones de la ausencia temprana del padre en el desarrollo femenino)- que dejó al descubierto como niñas que sufrieron la separación de sus padres durante su estadio edípico manifestaron trastornos subjetivos (fobias, depresión, ansiedad...) en un 63% de los 150 casos estudiados (LOHR, MENDELL y RIEMER). "La sensación continua de ser valorada y amada como niña parece un elemento de especial importancia para afianzar la autoestima como mujer. Todo parece indicar que sin esa fuente constante de afecto, la autovaloración femenina de una niña no prospera" (KALTER), este es un elemento concurrente en el acervo de investigaciones que vienen avalar la necesidad de un eficiente contacto parental entre el progenitor y su hija; según apunta (Rodríguez, 2008).

Para (PadresXSiempre, 2010) La custodia (o tenencia) compartida es la modalidad de custodia más beneficiosa para los menores y sus ventajas son obvias, al margen de que, no hay que olvidar que es un derecho de los menores poder relacionarse al igual con sus dos progenitores. Además sin duda, la única opción que sitúa en un plano de verdadera igualdad a hombre y mujer tras la separación, estableciendo las mismas condiciones para ellos, de acceder al mercado laboral o seguir ejerciendo sus actividades profesionales. Los padres tienen que huir de los prejuicios fomentados por diversos

sectores contra la custodia compartida y deben comprender que ambos tienen las mismas obligaciones y derechos para con sus hijos, y al mismo tiempo, no podemos permitir que se siga apartando a los menores de uno de sus progenitores a quien quiere y necesitan, puesto que ello va contra su correcto desarrollo emocional y psicológico.

4.4 Factores adoptados para la recomendación de un tipo de tenencia

4.4.1 ¿Qué se entiende por factores?

Factor o factores (en plural), se considera a, cualquiera de los elementos que contribuyan a un resultado². Cada uno de los elementos, circunstancias, etc., que causan un efecto³; pues cuyo significado es utilizado o tiene diversos usos a nivel de cada materia o situación específica, y como bien señala la Real Academia Española, como un elemento o concausa, en un nivel general.

Podemos entender que, la palabra factor o factores incluye un conjunto de elementos o circunstancias que influyen a la formación o producción de un resultado final, el cual llevándolo al ámbito del derecho, al contexto del sistema jurídico, significa el conjunto de elementos, datos fácticos extraídos de un caso en concreto que con ayuda e interpretación de las normas que precisamente integran dicho sistema, normas que correspondan aplicarlas al caso en concreto, contribuyen a la formación de un juicio, criterio o fundamento para producir un resultado, en caso del sistema jurídico, competente al juez quien es el encargado de emitir un resultado final a un determinado caso o conflicto, expresándolo finalmente en una sentencia.

Dicho ello, comprendemos que el contenido mínimo del juicio o criterio que debe formular el juez, está comprendido por ese conjunto de elementos, que ayudarán a la emisión de un

² Diccionario Enciclopédico Ilustrado SOPENA, Tomo II 95, pág. 1756. Editorial Román SOPENA, S.A., Barcelona.

³ Lexus Diccionario Enciclopédico Color, pag. 375.

resultado, estos elementos durante el proceso son debidamente validados, en razón de las normas jurídicas nacionales e internacionales que rijan el sistema o la situación jurídica existente, la cual debe estar debidamente regulada, para poder satisfacer los elementos y/o criterios formulados por el juez.

Es preciso abordar cual es la posición de los jueces, en particular los jueces de familia, quienes son los competentes para decidir sobre temas de familia, niños o adolescentes, como en el caso de Perú, siendo los jueces especializados en Familia, los competentes para abordar dichos temas o casos que se pongan a conocimiento de su despacho, por lo tanto cabe preguntarse cuál es la actitud que adoptan los jueces, frente a una norma teniendo un caso determinado el cual debe ser tratado con cautela y decidiendo con la debida fundamentación. Es así que, se presentan algunos de los elementos más comúnmente utilizados para adoptar un criterio o decisión con respecto a los casos de Tenencia de Menores, los que dicho sea, deben ser tratados acorde a la realidad y situación como se presenta el caso en concreto.

10. Edad del menor

Como señala (Rodríguez, 2008) ciertos especialistas catalogan de nociva la custodia compartida, esto debido a la doctrina que ha regido y sustentado el derecho de custodia de los menores desde hace muchos años, la llamada "tender years doctrine" (Principio de la corta edad), la cual resalta el papel de la madre como irremplazable en los primeros años de vida y se considera al padre como una figura secundaria y superflua. Así es el caso de la investigación "Joint Custody and the Preschool Child"(Custodia compartida y el niño en edad preescolar) la cual concluyó defendiendo la necesidad de establecer una edad mínima como límite para ser alcanzado por dicha institución. Sin embargo recientes estudios lo contradicen, alegando que el contacto frecuente, aunque sean cortos, es aún más necesario en edades tempranas, en vista que se

tiene menos desarrollada la memoria a largo plazo y se corre el riesgo de que haya un retroceso en las relaciones; aún cuando es imposible negar la necesidad biológica que une al menor con su madre (ello en caso de tenencia exclusiva de la madre). La Institución estadounidense Children's Rights Council (Consejo de los Derechos del Niños) desarrollo el siguiente modelo orientador que establece la frecuencia de contacto con los padres en función de la edad:

Edad del menor- CUADRO REFERENCIAL (Rodríguez, 2008)

CUADRO Nº 01

Edad	Frecuencia del contacto con ambos padres
Menos de 1 año	Una parte de cada día (mañana o tarde)
De 1 a 2 años	Días alternos
De 2 a 5 años	No más de dos días seguidos sin ver a cada uno de los padres
De 5 a 9 años	Alternancia semanal, con medio día (mañana o tarde) de convivencia con el progenitor no conviviente durante esa semana
Más de 9 años	Alternancia semanal

1.1 Estudios en torno a la edad del menor

(Glover & Steele, 1989) , evalúa a hijos de edades desde 6 a 15 años en: auto estima, relaciones familiares y lugar de control. Eran divididos en tres grupos: Custodia Compartida, Custodia única y familias integrales. Los hijos de familias integrales tenían un promedio mayor que las familias divorciadas en autoestima y relaciones con el padre, y los hijos en Custodia Compartida tenían promedios mayores

que la Custodia única en estas áreas. Las familias integradas tenían menos respuestas positivas que los divorciados, y los en Custodia Compartida tenían menos respuestas positivas que los de Custodia única, en todas las áreas excepto en relación con la madre.

Este estudio indica que de promedio una familia integrada por un padre y una madre es el mejor acuerdo para los hijos y la Custodia Compartida es mejor que la Custodia única, Una familia de dos progenitores es mejor incluso aunque los progenitores estén divorciados.

Los estudios realizados por (Buchanan & Maccoby, 1996) indican que el ajuste de 517 chicos de edades de 6 meses a 18 años, en tres acuerdos residenciales fue comparado durante 4,5 años después de la separación. Analizaron ambos tipos de familias en términos de depresión, esfuerzo escolar, grados escolares, Los adolescentes con residencia dual estaban mejor ajustados que los adolescentes que estaban en residencia única materna.

Así mismo (Rockwell-E. & E., 1991) en su estudio se compararon 21 familias en situación de custodia compartida con otras 21 en situación de custodia materna, con niños de edades comprendidas entre 4 y 15 años. Los resultados mostraron que entre los niños bajo custodia exclusiva eran más frecuentes los casos de mala conducta y exteriorización de conflictos internos: "un análisis de regresión múltiple de esos datos permitió constatar que los niños en situación de custodia compartida tenían menos problemas de adaptación comportamental con conducta externalizante que los niños en situación de custodia materna".

11. Sexo del hijo y de los padres

Cuanto más pequeño sea el niño mayor tiempo necesita estar con ambos padres, sin discriminación alguna del sexo de sus progenitores; los hijos adolescentes tienen derecho a desarrollar sus propias actividades en tanto se están

preparando para afrontar el futuro, por lo que los padres contribuirán en su formación en los primeros años de su vida.

12. El tiempo de convivencia

En principio, la fórmula de coparentalidad más idónea es la que permita al niño un mayor disfrute de la presencia y los cuidados de ambos padres, debiendo ser el criterio judicial que, en último término, prevaleciese en caso de desacuerdo entre los padres. Pero es evidente que cada situación familiar es distinta y que los padres están en mejores condiciones que nadie para establecer el régimen de custodia que consideren más conveniente para sus hijos en función de sus respectivas circunstancias personales. Al juez corresponderá, en último término, ratificar o no el acuerdo establecido por los padres según lo considere o no idóneo para el bienestar del niño.

Uno de los tópicos más generalizados y, sin embargo, desmentido por múltiples estudios e investigaciones, es lo que podríamos denominar "principio de la corta edad" (tender years doctrine), que preconiza la irremplazabilidad de la madre en el cuidado de los niños en los años más tiernos de la infancia (en general, de 0 a 7 años), considerando superflua o secundaria la figura paterna, (APFS, 2007). De lo que particularmente considero erróneo.

13. Distancia Geográfica

Otro criterio que deberá tenerse en cuenta es la distancia geográfica. Cuando los padres viven cerca uno del otro y a poca distancia del colegio, cualquier modalidad de coparentalidad es, en principio, viable. Cuando uno de los padres fija su residencia en un lugar distante, el reparto del tiempo de convivencia deberá ajustarse en consecuencia, con períodos de alternancia más largos y cambios menos frecuentes, básicamente adaptados al calendario escolar. Ello para evitar la fragmentación del tiempo, que

generalmente es manifestado en los famosos Regímenes de Visita, otorgados por los jueces en función al limitado criterio y falta de personal capacitado y especializado para observar las condiciones necesarias que puedan dar lugar a opiniones verdaderamente sustentadas para emitir una sentencia en razón a un buen análisis sobre la Tenencia de menor.

Por ejemplo, la jurisprudencia de tribunales italianos, no comparten una fragmentación del tiempo que obliga de hecho a mini-mudanzas cada pocos días, considerándose que esto es peligrosamente desestabilizador. El resultado de este enfoque culturalmente monoparental, de la prioridad otorgada a la estabilidad de domicilio respecto a la afectiva, de la ineficiencia del sistema judicial en hacer respetar la aplicación de sus medidas, 25.000 menores italianos (aproximadamente uno de cada tres) pierden "...," el contacto con uno de los progenitores después de la separación de los mismos (Vezzetti, 2012).

Lo cual no se podría mostrar muy lejos a nuestra realidad, ya que venimos enfrentando una situación, en donde si lo padres no se ponen de acuerdo con la convivencia compartida de manera responsable pues se otorga el Régimen de Visitas, que perfectamente encuadra en la forma de perder el contacto con el progenitor con el que no convive la mayor parte del tiempo siendo este el visitador; por tanto con criterios estables se evitaría ello.

14. La actividad de los padres

Para (Beltrán P. , "El mejor padre son ambos padres" ¿ Es viable la tenencia compartida en el Perú?, 2009) es imprescindible considerar, ya que en un progenitor que tiene flexibilidad en sus horarios de trabajo o facilidad para solicitar permisos especiales para coadyuvar a la formación de sus hijos podrá ejercer mejor la tenencia conjunta, permitiéndosele por ejemplo: acudir a las reuniones

escolares sean actuaciones, entrevistas, actividades deportivas, entre otras las cuales suelen ser más importantes entre los primeros años de vida del niño, ya que en la adolescencia los hijos suelen buscar independencia emocional respecto a sus padres.

15. La estabilidad emocional de los padres y los hijos

En la misma línea de (Beltrán P. , "El mejor padre son ambos padres" ¿Es viable la Tenencia Compartida en el Perú?, 2009), es fundamental, tener en cuenta dicho criterio, en cuanto permitirá a los progenitores coordinar y determinar las pautas de crianza en conjunto, evitando que los niños y adolescentes desacaten los lineamientos trazados por estos. Los padres inestables perjudican a sus hijos, en tanto limitan el rol del otro progenitor, o peor aún, limitan el desarrollo de sus hijos pues los crían inseguros y con poca autoestima.

16. Aspectos económicos

El informe (APFS, 2007), establece que, con frecuencia, los propugnadores de la custodia o tenencia exclusivamente materna alegan que los grupos de padres reivindican la coparentalidad con el único fin de sustraerse al pago de pensiones, aunque el argumento es perfectamente reversible y valdría también para afirmar que la madres solicitan la custodia o tenencia exclusiva para quedarse con la vivienda y las pensiones. En cambio, el interés del niño no se aviene con ninguno de esos argumentos, sino más bien con el de un trato judicial equitativo y digno para ambos padres. Por ejemplo, la legislación chilena, tacha totalmente cualquier decisión en relación a la tenencia de los menores, justificada por la economía de uno de los progenitores, según líneas del Art. 225, 5to párrafo Cc: "En ningún caso el

juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres.”⁴

17. Sexo del progenitor

Lo cual resulta irrelevante, ya que ambos son responsables del cuidado y asistencia de los hijos, sin distinción alguna, salvo si uno de los progenitores ejerce violencia física o psicológica hacia los hijos.

18. Mutuo Acuerdo de los Padres

La disolución de una pareja o una relación, de manera consensual o no, en la que se han procreado hijos, tanto el padre como la madre son las personas mejor indicadas y los responsables en primera instancia de buscar lo mejor para sus hijos, en el caso que ello no se lograra dentro del proceso pues el juez tiene la plena facultad para insistir en los acuerdos coparentales, haciéndoles reconocer que el ejercicio de su paternidad y maternidad responsable no se puede limitar a relaciones filiales restringidas o alternas. Como bien señala la Asamblea Legislativa de Puerto Rico, “su ejercicio implica participar activamente en el desarrollo de los menores y en la toma de decisiones sobre todos los asuntos relacionados a estos”⁵.

Sin embargo, como bien señala (Bermudez, 2012), que a pesar de lo vinculante de los conceptos de igualdad, dignidad y paternidad/maternidad la práctica judicial otorga la tenencia generalmente a la madre, sin una mayor justificación o capacidad argumentativa, lo cual desmerece la propia naturaleza resolutoria del caso.

De otra parte, es preciso destacar, dando mucha razón a los argumentos esbozados por la CORTE INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, al mencionar que, para

⁴ <http://www.leychile.cl/N?i=1052090&f=2013-06-21&p=>

⁵ Asamblea Legislativa de Puerto Rico. Oficina de Servicios Legislativos. Leyes de Puerto Rico. Art. 2, 2do párrafo, “Ley Protectora de los Derechos de los Menores en el Proceso de Adjudicación de Custodia.

“determinar del interés superior del niño y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales de protección..., es preciso ponderar no solo el requerimiento de las medidas especiales, sino también las características particulares en la situación en la que se haya el niño”.⁶ En razón a ello se considera una apreciación correctamente dirigida a interpretar las normas de acuerdo a las situaciones o casos planteados en los juzgados para dar solución a temas que involucren a los niños, ya que como se sabe, si bien es cierto pertenecemos a una misma sociedad, nos involucran aspectos y realidades diferentes.

4.4.2 La tenencia como derecho de los hijos

Uno de los derechos importantes consagrados en la convención de los derechos del niño, recogidos por la legislación especializada, denominada Código de los Niños y Adolescentes, lo constituye el derecho que tiene el menor a vivir con su familia natural.

Pues bien, cuando se define la Tenencia, se hace hincapié en la convivencia de los padres con sus hijos, entonces la tenencia se ve desde dos vertientes, la primera la de los padres, ya que tienen el derecho pleno de vivir con sus hijos, y la segunda referida a los hijos, como derechos que tienen ellos de vivir con ambos padres, por lo tanto no se debería analizar este derecho como si fuera propio de los padres y peor aún en la práctica dentro de un proceso de tenencia en donde ambos padres disputan por su derecho; sino ver a la tenencia como un derecho de los niños a vivir con sus padres y no ser separados de ellos a no ser que las circunstancias lo justifiquen, tal como lo refiere el artículo 9 de la Convención sobre los derechos del niño, señalado anteriormente.

En consecuencia, para (Aguilar, ¿La tenencia es atributo exclusivo de la patria potestad o también puede extenderse a otros parientes?, 2012) este derecho de tenencia no debe ser visto solo como un derecho a reclamar por parte de los padres, sino que en concesión debe tenerse

⁶**Tribunal Constitucional.** *Interés Superior del Niño y el Derecho de los Niños a tener una familia.* EXP. N° 01817-2009-PHC/TC. LIMA

presente, el derecho de los niños a vivir con sus padres, por lo tanto la opinión de ellos, (en el caso de que estén posibilitados de hacerlo) resulta siendo importante, y aún cuando su desarrollo evolutivo no lo permitiera formarse su propia opinión, habría que considerar fundamentalmente los intereses de estos, antes de que se pronuncien sobre esta tenencia.

5. El principio del interés superior del niño de la mano con la tenencia compartida

3.1 El interés superior del niño

No existe una definición o determinación exacta acerca del Interés Superior del Niño. Se hace un estudio de los orígenes del Derecho como protector de los más débiles en el ámbito de las relaciones de familia, para luego efectuar un compendio de las normas jurídicas que utilizan tal expresión. En palabras de (Correa), dice que: Entendemos que lo que se quiere es proteger al menor, en su interés, es decir, en su bien, porque el término interés implica una dimensión puramente material del tema, como persona humana, que se puede encontrar en situación de debilidad respecto de las personas con las que vive o de las que depende.

Así, se puede apreciar que la primera referencia al “interés superior del niño” la encontramos en la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, tratado internacional suscrito y ratificado por Perú.

La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado internacional de las Naciones Unidas suscrito por nuestro país, y se constituye en el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.

Según (OEA: Interés Superior del Niño, 2012) El Principio del Interés Superior del Niño, es un principio reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3, del que se desprenden las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de

una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.

Perú, no es ajeno a esta materia importante relacionada al tema de familia, es Estado peruano, conformando y ratificando la Convención Internacional Sobre los Derechos Del Niño, asume posiciones interesantes en sus sentencias, fundamentado claramente en base al Principio del interés Superior del Niño, considerándolo como una cuestión indispensable dentro de un proceso en donde se diluciden temas concernientes al niño y su entorno familiar, por lo que el Tribunal Constitucional considera necesario abordar dicho principio, cuya finalidad es proteger de manera especial al niño y al no ser este separado de su familia, tratando de contribuir al desarrollo armónico e integral de este, así pues el Tribunal, refiriéndose al Interés Superior del Niño, refiere lo siguiente: “Teniendo presente que el interés superior del niño es el principio regulador de la normativa internacional de los derechos del niño y que interactúa y respalda al principio de especial protección del niño, este Tribunal estima que este principio se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución.

De ahí que, en virtud este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social.

Ello se justifica no sólo en los instrumentos internacionales reseñados, sino también en el artículo 16° del Protocolo de San Salvador, el cual establece que todo “niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad, de la comunidad y del Estado”.

Cabe señalar que, lo expuesto por el Tribunal, determina la participación del Estado, en general, y que a la vez este Estado formalmente organizado asume funciones determinadas, que a través de los órganos competentes las expresa, y estos deben en relación al deber proteccionista hacia los niños, cumplir con adoptar todas las acciones y medidas necesarias y eficaces para poder lograr el objetivo del Interés Superior del Niño.

Es así, como (El Principio del Interés Superior del Niño, 2012) El Interés Superior del Niño goza de reconocimiento internacional universal y ha adquirido carácter de norma de Derecho Internacional general. Los distintos ordenamientos lo reconoce, y recibe similares denominaciones, así en el mundo anglosajón, recibe el nombre de “best interests of the child”, en el mundo hispano se habla del principio del “interés superior del niño” y en el modelo Francés se refiere a “l’ intérêt supérieur de l’ enfant”. Debemos indicar que en todos los ordenamientos jurídicos, este principio forma parte integrante del sistema jurídico de protección de los derechos del niño, pudiendo ser considerado, además, por esa razón, como un “principio general de derecho”, de aquellos a los que se refiere el artículo 38 letra c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Dichas definiciones o ideas, proponen establecer al Interés Superior del niño, como un principio rector que debe prevalecer, atacando a todo aquello que afecte de manera desproporcional los derechos de los niños, ya que anteponerse ante este principio ocasionaría excesos modificando el derecho y el objetivo principal que es velar por el bienestar de los niños, lo que ocasionaría una incertidumbre jurídica, donde se deje de lado considerar al niño como un ser humano, verdadero poseedor de derechos que deben ser respetados especialmente por los adultos y el Estado, debido a que los derechos del niño, niña o adolescentes, derivan de su condición de persona por lo que se busca su efectividad, en consecuencia el Interés Superior del Niño implica todo aquello que es integral para su desarrollo integral.

El interés superior del niño “constituye una novedad en el Código Civil y es un criterio determinante que deberá tener en cuenta el juez en sus intervenciones, dado que la Convención Sobre los Derechos del Niño contempla reiteradamente este criterio, señalando en su artículo. 3º. N°

1 que: En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá, será el interés superior del niño.

Conceptualmente, el interés superior del menor, mira al menor como titular de derechos autónomos, susceptibles, si fuere necesario, de ser ejercidos contra sus padres. El menor es un sujeto de derecho, distinto de los padres. Por ello, en consecuencia, se considera al menor, cuando está en condiciones de formarse un juicio, como sujeto de opiniones propias y se establece la necesidad de oírlo. En cambio, si aún no tiene juicio propio, los mayores no podrán adoptar cualquier resolución a su respecto, ya que se le considera una 'autonomía en desarrollo'. Las resoluciones de los mayores deberán tener en cuenta el impacto de la decisión que se adopte en la autonomía futura del menor. El asegurar el desarrollo de la personalidad, la autonomía actual y futura e identidad del menor, aparecen indisolublemente ligados a ese criterio de la protección del 'interés superior del niño'. Este principio tendrá especial relevancia a propósito de las decisiones que se adopten en materia de tuición, visita y patria potestad.

3.2 Antecedentes

La práctica judicial ha venido derivando del Derecho Romano, en dicha regulación los hijos eran vistos como una propiedad del padre que tenían absoluto poder sobre los niños como sobre su esposa a la que podían abandonar o vender si ese era su deseo. En ese entonces, de la sociedad romana, el niño era objeto de mucha afección y amor, pero no existía como individuo. Estaba considerado como un pequeño hombre desprovisto de palabra (infat = el que no habla) y que no podía bastarse así mismo, en consecuencia sin personalidad propia, ya que dependía completamente de los adultos, a un tal punto que para los romanos estaba permitido el "abandono de los niños". Así en caso de repudio o de divorcio, el pater familias, quien dispondría de la potestad y la custodia absoluta de los menores.

En uno de los trabajos realizados por (Ibáñez, EL LABERINTO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA-Claroscuros de un solo nombre con varios significados, 2004) señala que una de las primeras versiones del Concepto de Custodia (o Tenencia) Compartida fue desarrollada alrededor de 1970, según el texto de (Children Rights Council) para ayudar a proveer la participación activa de ambos padres en la crianza de sus hijos. El primer Estatuto de crianza conjunta fue aprobado en el Estado norteamericano de Indiana en 1973, y desde entonces se ha extendido en los cincuenta estados de la unión.

La tenencia o llamada también custodia compartida ha sido una reivindicación irrenunciable de las asociaciones de padres separados en todos los países de Occidente. Durante varios años, sus antagonistas y, en su estela, los poderes públicos se han limitado a rechazarla, a falta de argumentos más sólidos, por su supuesta inviabilidad práctica o, incluso, por unos más que discutibles efectos negativos para el niño, sin contraponer en balanza sus efectos benéficos. De ese modo, durante años, el debate sobre la tenencia o custodia compartida no salió de sus límites teóricos.

Lo que se encontraba en juego dentro de los diversos debates o discusiones teóricas acerca de la Tenencia Compartida, y en sus consecuencias prácticas era una cuestión de derechos humanos, concernientes también a los niños, que ante una posible separación de sus padres quienes se encuentran en una disputa de su tenencia, pueda mantener vínculos estrechos con ambos ya que el no es quien se pelea ni divorcia de sus padres, en definitiva, según (APFS, 2007) lo que se busca es preservar los lazos familiares naturales tras la ruptura del contrato matrimonial (o la separación de los padres).

Hacia mediados de 1990, algunos países habían cruzado ya el punto de inflexión en la trayectoria hacia la viabilidad de la tenencia o custodia compartida, que actualmente es toda una práctica con resultados satisfactorios, dejando de ser un mero prototipo teórico supuestamente inviable que se encuentra superando todas las pruebas y lleva ya recorriendo todo un camino práctico con resultados positivos y efectos psicológicos de su puesta en práctica sobre los principales destinatarios de la misma, los hijos a favor de cuyo beneficio operan todos los

implicados en el proceso de toma de decisiones sobre su tenencia o custodia en aplicación del imperante Principio del “ INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”, que inspira la “DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO” y la legislación de la mayoría de sociedades avanzadas.

3.3 Análisis sobre el interés superior del niño, en relación a tenencia de menores

El Principio del Interés Superior del Niño, se ha convertido en un principio de difícil definición y que ha sido concretado jurisprudencialmente, sin perjuicio de reconocer que ha tomado mayor participación debido al componente sociológico, es por ello su complejidad y constante modificación. Para tratar delicadamente dicho principio, no cabe duda que se debe empezar por la adaptación, adaptar los cambios sociales y la importancia y participación de los menores en la sociedad, quienes vienen experimentando cambios, de modo que el *"interés del menor"* se interprete en función de cada caso concreto. Por tanto, debemos saber y reconocer dicho principio como tal, cuyo significado es el de ser, en palabra de (Ortega, 2002) un bien jurídico protegido por el ordenamiento. Para materializar esta protección, se configura como el criterio prioritario a la hora de tomar decisiones que afecten a los niños, niñas y adolescentes. Pero tales decisiones no versan sobre el interés de estos, en abstracto, sino que se incardinan en el juego de otros derechos e intereses, bien porque exista un conflicto entre los del niño y los de otra persona...

De tal manera que, afectar el interés superior del niño, es una gran irresponsabilidad principalmente de los padres, quienes son los principales encargados de velar por ello, posteriormente por parte de los abogados quienes no cuentan con el conocimiento necesario o la voluntad de poder ser partícipes de defender derechos, cuyo valor permite un mejor desarrollo de esas personas en su entorno familiar y social, finalmente el rol de los jueces, quienes son los encargados de la actividad jurisdiccional y de velar por los intereses de las personas principalmente garantizar los derechos y bienestar de los menores, por tanto cuando se tomen medidas concernientes a los niños, las instituciones, en este caso las públicas, deberán considerar su situación

de manera primordial velando por su interés superior, según se puede desprender dicho análisis del Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Si hablamos de casos judiciales en los cuales se disputa la Tenencia del menor, niño, niña o adolescente, por parte de los progenitores, en la cual no se ha demostrado, como refiere (Hollweck, 2001) ninguno de los progenitores ser más idóneo que el otro, conforme toda la prueba producida y habiendo fracasado el sistema de tenencia monoparental de hecho ejercido por la madre, es necesario encontrar un régimen que permita concluir con el clima beligerante en que se encuentra inmerso el niño, siendo esto último necesario e indispensable para su crianza y educación.

En este ámbito, considerar al niño como sujeto de derechos implica “generar una dinámica familiar donde se cuente con la participación del menor en los actos relativos a su persona, participación ésta que tendrá una forma distinta en cada etapa de su vida. Este aprendizaje dentro del proceso de socialización contribuye a cimentar la responsabilidad familiar y social del niño, a través de su cooperación en los actos que lo afectan”.

3.4 Modelo de tenencia compartida

El sustento principal para adoptar la figura de la Tenencia de tipo compartida, es que la misma permite demostrar a los hijos que el nuevo estado de la familia no significa ningún cambio para ellos, puesto que todo debe seguir igual. Que se le considere un sujeto de derechos y que sus padres siguen siéndolo aún después del divorcio, con todos los derechos y obligaciones, evitándole al niño la angustia que le cause la disputa de sus padres, con la consiguiente incertidumbre sobre el presente y el futuro.⁷

En esta sección, según el informe de (APFS, 2007) se formula un modelo de tenencia compartida, en el que cabe destacar los aspectos siguientes:

⁷Opinión del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, de fecha 02 de Noviembre del 2006.

- El interés superior del niño requiere el contacto frecuente y continuo con ambos padres.
- El divorcio debe basarse en un modelo de coparentalidad que reconozca la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos padres.
- En el nuevo régimen de compartición igualitaria de derechos y obligaciones, el término “custodia” carecerá de sentido; la nueva situación se definirá mejor con expresiones como “coparentalidad”, “responsabilidad parental conjunta” o similares.
- Una vez desaparecida la dinámica de “parte ganadora/parte perdedora”, el divorcio contencioso carecerá de interés para las partes; las instituciones deberán fomentar el mutuo acuerdo y la mediación.
- Aunque la fórmula de coparentalidad más idónea es la que permita al niño un mayor disfrute de la presencia de ambos padres, el reparto al 50 por ciento del tiempo de convivencia no siempre será posible, por lo que podrán adoptarse otros modelos en función de los distintos casos.
- En situaciones de proximidad geográfica de los domicilios paterno y materno, y salvo circunstancias especiales, la alternancia semanal parece la fórmula más viable y sencilla.
- En los casos de niños de corta edad, los contactos deberán ser más cortos, pero más frecuentes; en general, el ritmo de alternancia deberá ser más frecuente cuanto menor sea la edad del niño.
- Más que estabilidad material (custodia o tenencia exclusiva), el niño necesita estabilidad emocional (custodia o tenencia compartida).
- La tenencia exclusiva se caracteriza por su alta litigiosidad; las legislaciones sobre custodia compartida dan prioridad al mutuo acuerdo y la mediación.

- La tenencia exclusiva conlleva transferencias económicas cuya utilización queda fuera del control de quien las realiza; la custodia o tenencia compartida conlleva un régimen económico de pagos directos, lo que contribuye asimismo a reducir la litigiosidad y las disputas.
- Las pensiones asociadas a la custodia o tenencia exclusiva favorecen el parasitismo social de una de las partes y la desincentivación económica y profesional de la otra; los regímenes de coparentalidad, al eliminar esos factores de desincentivación, favorecen un aumento del nivel de vida de los niños.

3.5 La alternativa de la tenencia compartida

Para (Cuculiza, 2007) la Tenencia de menores, es una realidad que no podemos obviar y son los constantes conflictos que surgen a raíz de la ruptura de las parejas, conflictos que involucran directamente a los hijos cuando se trata de atribuir la tenencia exigiendo los padres su derecho de propiedad respecto a ellos, ¿cierto?, y utilizando como comodines emocionales, vulnerándose así su derecho de mantener contacto con sus dos progenitores, los que conlleva a la afectación de su identidad; salvo casos extremos donde el padre necesariamente es omiso en todo lo que se requiere a la tenencia o desaparece o no se hace cargo de él voluntariamente.

La Tenencia Compartida, viene siendo aplicada como una institución del derecho de Familia, que busca equiparar los roles y funciones de los padres, principalmente busca estrechar lazos paterno filiales, lo cual no ocurre en una tenencia monoparental en donde excluyen la presencia de uno de los progenitores. Es por ello que la tenencia compartida resuelve el problema de las reticencias económicas del progenitor no custodio, incapaz de controlar el uso real del dinero destinado a su hijo, y permite a ambos progenitores el mismo nivel de acceso y responsabilidad. Es lo que los autores llaman la "teoría del control" (monitoring theory).

Uno de los casos que se propone es que en un proceso de Tenencia, en donde generalmente se confrontan ambos progenitores, en una

lucha por la tenencia o custodia exclusiva de su hijo o hijos, dejando de lado que el objetivo de este tipo de procesos es buscar el mejor interés del menor al margen de los conflictos conyugales o post-separación conyugal o matrimonial. Por ello, se busca que el Juzgador pudiera acordar la tenencia o custodia compartida aun en el supuesto de que los progenitores no la hubieran pactado previamente, por lo que el juez con su mínimo de discrecionalidad haga uso de esa potestad, de acordar de oficio dicha tenencia, limitándolo a criterios fundados, excepcionales para que de esa forma se proteja adecuadamente el interés del menor. Por cuanto, perfectamente cita el Psicólogo Forense español, de la Plantilla de la Administración de Justicia Especialista en psicología clínica (Ibáñez, 2004) aludiendo a la Modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en Materia de Separación y Divorcio; la tenencia compartida y su puesta en práctica apuesta por ocuparse de cuestiones que afectan la patria potestad y la guardia y custodia de los hijos menores, "...cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos (los hijos) continúa a pesar de la separación o el divorcio y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad".

Así mismo, (Cuculiza, 2007) afirma que La tenencia compartida permite que la formación, el contacto con sus progenitores sea de pleno y no restringido, como ocurre en el régimen tradicional de la tenencia.

El problema a resolver abarca dos aspectos: que los hijos tengan la posibilidad de tener a los padres con las mismas responsabilidades que tenían antes de divorciarse o separarse, puesto que así eran idóneos para ejercer; conjuntamente también que se les debe reconocer en esa idoneidad cuando se separan por las causas que sea, sin perder de vista que los hijos son las víctimas del conflicto y no los generadores del conflicto.

No cabe duda, lógicamente el hecho de compartir el cuidado de los y las menores, exige un acto de voluntad por parte de ambos progenitores, de ahí la dificultad del ejercicio de una *"tenencia compartida"*, dado que por la complejidad y dificultad que entraña su configuración este sistema de tenencia necesita de una continua colaboración entre los

progenitores, el respeto entre ellos, que haga fluida la comunicación y/o alternancia que pueda ser fijada en un proceso judicial, de los hijos e hijas con cada uno de ellos, y que haga factible esa comunicación constante y habitual que requiere la tarea de educar a un o una menor.

3.6 Tenencia compartida: el interés del menor en las diferentes estructuras familiares

El concepto de familia, no ha tenido una precisión o exactitud; se puede decir que generalmente se conoce a la familia, como aquel grupo de personas unidas por razones de consanguinidad o afectividad. Por otro lado, la parte clásica o formalista de la doctrina, ha venido señalando que la familia o su reconocimiento de la pluralidad de formas de una familia, está simbolizada por el único modelo de familia establecido, este es el “matrimonio”, criterio que actualmente no se comparte por la forma de vida que hoy en día se va desarrollando y/o manifestando en la sociedad, cerrando lo dicho y sellándolo como un criterio desfasado.

Es entonces, que por estos tiempos, la familia no puede estar sujeta a una sola, única y exclusiva conceptualización. Siendo una institución social debe ser tratada de forma permeable, amplia con una tipicidad legal abierta (Varsi, 2011), que se permita un tratamiento actual, basado en los intereses de las personas de un grupo familiar, que cada vez buscan más afecto y menos formalidad. Siendo así, que el individuo piensa más en sí mismo, en su futuro, en la realización de sus intereses afectivos y existenciales, es por ello que ahora se casa más tarde o deciden tener hijos pero cada uno conservando su independencia, lo cual no implicaría someter al niño a una vida disfuncional, porque dichas actitudes podrían responder en la medida en que las partes integren, se compenetren e identifiquen.

Nuestra Constitución Política reconoce solo a la familia matrimonial (artículo 4) y la extramatrimonial (artículo 5) y las leyes complementarias no responden al cambio actual, a pesar de que las mudanzas y modificaciones son infrenables.

Cada vez son menos las personas que creen en el matrimonio y el Estado no hace nada para revertir esta situación (Varsi, 2011) que día a día viene reflejándose y asentándose cada vez más, es así que cuando

en los juzgados se presentan casos de tenencia de menores de padres o familias “disfuncionales” los jueces o magistrados se encuentran atados de manos porque no encuentran mejor alternativa que tratar de reconciliar las actitudes entre los padres, poniendo al menor como si fuese un premio que los padres deben dividirse por igual, en vez de concentrar su rol en analizar la situación y bienestar del menor de acuerdo a la actitud que el padre tenga hacia él y la preocupación o responsabilidad que deba y tenga que asumir, la cual debe estar caracterizada por una afectividad, estabilidad y convivencia pública y ostensible, ya que no basta la interrelación con una persona sino, es necesario la publicidad social, que la comunidad reconozca y sea legitimada socialmente, con lo cual se permitiría que la paternidad pueda ser vista o asumida de manera legítima indistintamente del sexo de los progenitores, quienes con responsabilidades compartidas bien pueden asumir el rol de cuidar, proteger y sostener a su menor hijo, sin considerar que la madre sea la mejor cuidadora de este como convencionalmente se considera.

Es así, que por medio del siguiente cuadro, se puede mostrar que actualmente se presenta una diversidad de formas como se muestra la familia en el medio social:

Las llamadas familias transformadas (Varsi, 2011)

CUADRO N°02

CLASES DE FAMILIAS				
General	Matrimonial	Anaparental	Paralela	Geriátrica
Reducida	Extramatrimonial	Pluriparental	Eudemonista	Solteros
Intermedia	Monoparental	Homoafectiva	Socioafectiva	Comunitaria
Transnacionales				Virtuales

Con ello, se puede llegar a una teoría en donde se pueda determinar que la familia se constituye de distintas formas, en donde normalmente las personas, específicamente los niños, quienes son considerados como los más afectados dentro de las familias o matrimonios post separación, bien y sanamente realizarían una vida y un desarrollo

integral pleno, de acuerdo, como anteriormente dicho a las capacidades y actitudes responsables de los padres que asuman un rol compartido.

En dicho sentido, tomando como referencia la Ley de Acogimiento Familiar Ley N°30162, reconoce la formación de familias extensas o no consanguíneas; teniendo en su artículo primero la siguiente descripción: "...los niños, niñas y adolescentes que no puedan vivir con sus padres, lo hagan de manera excepcional y temporal con un núcleo familiar que les permita la restitución, el disfrute, el goce y ejercicio de su derecho a vivir en una familia y les provea los cuidados necesarios para su desarrollo, siempre que sea favorable a su interés superior." De tal manera, reconoce a la familia como un núcleo abierto, permitiendo que se tomen medidas favorables a los menores que no puedan vivir con sus padres, quienes no les proveerían de los cuidados indispensables requeridos por un menor, siendo estos restituidos a su familia extensa o terceros con vínculos afectivos que puedan ser capaces de brindarles un desarrollo y cuidado adecuado, cumpliendo así con obligaciones parentales, que por circunstancias graves o excepcionales los progenitores no puedan cumplir.

En esta parte, es importante mencionar lo establecido por el Tribunal Constitucional, al decir que: El Tribunal Constitucional, refiriéndose al modelo constitucional de familia que abordamos, menciona lo siguiente: "El constitucionalismo de inicios del siglo XX otorgó por primera vez a la familia un lugar en las normas fundamentales de los Estados. Sin embargo, es de precisar que en los inicios del referido siglo se identificaba al matrimonio como único elemento creador de la familia. Se trataba de un modelo de familia matrimonial, tradicional y nuclear, en donde el varón era "cabeza de familia" y se desarrollaba en la esfera pública y profesional, dedicado a cubrir los gastos familiares, mientras que el rol de la mujer se constreñía a la esfera privada del cuidado del hogar y los hijos. Desde una perspectiva jurídica tradicional, la familia "está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco".⁸

⁸BOSSERT, Gustavo A. y ZANONNI, Eduardo A. *Manual de derecho de familia*. 4ª ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 6. Citado por **EXP. N.º 04493-2008-PA/TCLIMA, fundamento 7.**

Con ello podemos decir que, la familia supera ese contexto cerrado uniformizado con el matrimonio; hoy en día gracias a la doctrina y jurisprudencia se refleja el esmero por distinguir el concepto entre familia y matrimonio con los cuales podemos establecer que el matrimonio no es la única manera de conformar una familia.

4 Ley 29269 que incorpora la tenencia compartida en el Perú y la tenencia compartida en otros países

4.1 Antecedentes de la ley 29269

El proyecto de Ley N°199/2006-CR, propone incorporar la Tenencia Compartida, con el objeto de que tanto la madre como el padre tengan igualdad frente a sus hijos, tanto en los derechos como en los deberes emergentes de la patria potestad. Para este efecto plantó la modificación de los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, referidos a la Tenencia de Niños y Adolescentes.⁹

El primer Código de Menores en nuestro país fue promulgado el 2 de Mayo de 1962 y estuvo vigente desde el 01 de Julio de dicho año hasta el 27 de Junio de 1993, con una vigencia normativa de 30 años. La (COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2006) refirió que dicho código, se encontraba inspirado en la denominada “Doctrina de la Situación Irregular”; la misma que tenía por denominación a los niños como “objetos de tutela” y no como lo que son realmente “sujetos de derecho”, tal como lo prevé la Convención sobre los Derechos del Niño.

En su informe la (COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2006) hizo referencia que el salto cualitativo hacia la Doctrina de la Protección Integral, se produjo con la ratificación sobre la Convención sobre los Derechos del Niño el 3 de Agosto de 1990, mediante resolución legislativa N°25278 y luego con la puesta en vigencia del Código de los Niños y Adolescentes en Junio de 1993. Este código fue derogado por la Ley N° 27337, publicada el 7 de Agosto del 2000, que puso en vigencia el Código de los Niños y Adolescentes, que mantiene también la orientación establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁹El Proyecto de Ley N° 199/2006-CR: Remitido a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos y a la Comisión de la Mujer y Desarrollo Social

Por su parte, los artículos 4° y 6° de la Constitución Política del Estado promueven la Protección del Niño y Adolescente, de cuyo tenor se deduce que la familia está intrínseca y esencialmente determinada por el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación, entre otros aspectos, el derecho del menor a la familia el cual no sólo contribuye a su bienestar sino a la sociedad en su conjunto, que será más sólida y estructurada por seres humanos mejor formados. Por tanto la responsabilidad de los padres con sus hijos es un asunto de trascendental importancia.

En este sentido señala (COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2006) que tanto el Código Civil, El Código de Niños y Adolescente, así como los Convenios Internacionales ratificados por el Perú, crean el marco donde se desarrolla el derecho familiar y en el caso específico, la protección del menor, basándose en el Interés Superior del Niño.

4.2 La propuesta legislativa modificación al artículo 81 y 84 del código de los niños y adolescente

Generalmente el 36% de los hogares en nuestro país son mantenidos por mujeres sin necesidad del hombre y esto hace ver la fortaleza de la mujer para sacar adelante a sus hijos. Pero son casos aislados. En virtud de ello vengo a proponer la tenencia compartida como primera alternativa a falta de acuerdos de los padres, lo que implica una participación más significativa de ambos padres en la vida de sus hijos y el resguardo de su estabilidad emocional, manteniendo un vínculo fluido con ambos progenitores, refirió (Cuculiza, 2007).

La ex ministra de la Mujer (Cuculiza, 2007) afirmó también que con la tenencia compartida se garantiza una participación activa de los progenitores en la vida y estimula a proveer sus necesidades, ya que la falta de contacto con el hijo mayormente va acompañada de pérdida de interés, de seguir solventando sus necesidades vitales, lo cual sólo generará el agravamiento del problema.

El proyecto de Ley N°199/2006-CR, planteó modificaciones sustanciales al sistema de Tenencia incorporando la figura de Tenencia Compartida de los hijos e insertando dicha figura dentro de los alcances de los

artículos 81° y 84° del Código de Los Niños y Adolescentes. Para cuyo efecto presenta dos artículos:

- 1º.** Modifica el artículo 81° del Código de los Niños y Adolescentes: incorporando la figura de la Tenencia Compartida, para que el Juez pueda determinarla prioritariamente cuando los padres no lo acuerden.
- 2º.** Modifica el artículo 84° del Código de los Niños y Adolescentes, disponiendo que cuando no exista acuerdo de los padres, o la Tenencia Compartida no sea la más beneficiosa para la niña, niño o Adolescente, El Juez otorgará la Tenencia Uniparental. (COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2006)

Por lo tanto, se priorizará en el otorgamiento de la tenencia al progenitor que mejor asegure el derecho del niño a mantener contacto con el otro progenitor. Eso significa, pues, con aquel que va a permitir, quizá, que este menor pueda tener mayor contacto ya sea con la madre o con el padre.

Para el que no obtenga la tenencia del niño, niña o del adolescente, debe señalarse un régimen de visitas, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño.

Pero, resulta clarificador mencionar, que en el Perú, la Tenencia siempre fue reconocida, por tanto hasta ahora no ha sido prohibida, en el sentido que, según se ha venido desarrollando, esta pertenece a uno de los atributos de la Patria Potestad, institución del Derecho de Familia, la cual se pierde por situaciones específicas declaradas por un Juez, lo cual no se da en dicho contexto, por tanto ambos padres poseen el mismo derecho sobre sus hijos sin tener caso de recurrir a un Juez para que le declare la misma, salvo por razones insalvables dentro de las relaciones interfamiliares, que se dan generalmente cuando la relación de los padres se ha resquebrajado.

En tal sentido, la intención de la norma, genera una gran incertidumbre jurídica dentro del marco de los derechos del niño, porque en vez de reforzar la Tenencia de menores, genera un cambio total para ellos a causa de la separación de los padres que sometiendo sus derechos y

obligaciones a una decisión judicial, limitan su rol de padres, debido a que si estos no se encuentran en condiciones armoniosas, imposibilitan llegar a un acuerdo sobre la tenencia de sus hijos, la cual debe seguir siendo “compartida”, teniendo como base, según apunta (Solano Jaime, 2008) que el nuevo estado de familia no significa ningún cambio, puesto que se le considera un sujeto de derechos y que sus progenitores a pesar de sus separación, siguen teniendo para con ellos derechos y obligaciones debiendo evitársele cualquier tipo de angustias que ellos le causen con su separación; propiciando que su relación se mantenga en la mejor de las formas, pensando en su interés y su desarrollo psicológico, moral y físico. Lo cual no viene desarrollándose en nuestro país, debido a la facultad, que la mencionada ley otorga a los jueces para optar por la tenencia monoparental o exclusiva si no hay acuerdo entre estos, debiendo tener un sentido contrario, que con acuerdo o a falta de este la Tenencia sea compartida.

4.4 La tenencia compartida en otros países

PAÍS	TENENCIA O CUSTODIA COMPARTIDA	INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	REGULACIÓN NORMATIVA	EJERCICIO Y/O APLICACIÓN
FRANCIA	El 27 de febrero de 2001, Ségolène Royal , Ministra Delegada de la Familia y la Infancia del Gobierno francés, presentó, el proyecto "La reforma de la autoridad parental: los nuevos derechos de las familias" , plasmándose posteriormente en la instauración legal de la custodia compartida (bajo los nombres de “autoridad parental” o “coparentalidad”). Ségolène Royal, citada por (APFS, 2007), que «Cada hijo tiene el derecho a ser educado por su padre y por su madre, con independencia de la	<i>"autorité parentale"</i> - autoridad parental- término que equivale a patria potestad y la define en el artículo 371.1 Cc.: <i>"...como un conjunto de derechos y deberes que tienen por finalidad preservar <u>el interés del menor</u>"</i> <i>Es, así que, la legislación francesa, actúa en razón de lo mejor para el desarrollo del menor, teniendo dentro de su marco positivo normas con la siguiente nota</i>	<u>Código Civil Francés y Ley 2002-305</u> Los derechos y obligaciones de los padres en relación a sus hijos, no se extinguen cuando ambos deciden separarse: artículo 371.2 Cc. en el que se establece que: <i>"Cada uno de los padres contribuirá a la manutención y a la educación de los hijos en forma proporcional a sus recursos, a los del otro progenitor y a las necesidades del hijo..."</i> a) Supuesto de Matrimonio o Convivencia: El	El Código Civil francés regula la “autoridad parental”, instaurado por la Ley 2002-305 de 4 de Marzo de 2002, donde consta el sistema de residencia de los y las menores con sus progenitores, una vez que éstos han finalizado su vida en común. El Tribunal francés, encargado en los temas de familia, tienen la facultad de confiar el ejercicio de la <i>"autorité parentale"</i> al padre o a la madre en exclusiva, si el interés del o de la menor así lo exigiera -artículo

	<p>situación familiar. Ello, teniendo como principio la residencia alterna, que tiene la ventaja de mantener entre ellos la paridad.</p>	<p><i>característica</i>; artículo 371.1 Cc. en su párrafo segundo dispone:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Velar por su seguridad. • Velar por su salud. • Velar por su moralidad. • Asegurar su educación, y • Permitir su desarrollo. <p>Es decir un ejercicio siempre a favor y beneficio del o la menor.</p>	<p>artículo 372 Cc. regula el ejercicio de la "<i>autorité parentale</i>" de forma conjunta entre ambos progenitores, y establece excepciones a su ejercicio (Aramburu, Chato, Martín, & Pérez-Villar, 2007), respecto al tema de filiación.</p> <p>Es así que, el divorcio de los progenitores o el cese de la convivencia en las parejas, no supone modificación alguna en el ejercicio de la autoridad parental.</p> <p>-artículo 373.2, 1º párrafo Cc.</p> <p>Art. 373.2 Cc.- "<i>modalidades en el ejercicio de la Autoridad Parental</i>" estableciendo la exigencia de que:</p> <p><i>"tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el niño y respetar los vínculos de éste con el otro progenitor".</i></p>	<p>373.2.1 Cc.-, sin embargo teniendo en cuenta que la regla general, en los supuestos de divorcio o cesación del matrimonio o convivencia es la del ejercicio conjunto de la "<i>autorité parentale</i>", pues la reforma operada a través de la Ley 2002-305 de 4 de Marzo de 2002 ha intentado mantener el principio de corresponsabilidad por encima del cese de la convivencia o disolución del matrimonio de los progenitores.</p> <p>Elementos que el Tribunal francés considera al momento de fijar un modelo de residencia para los menores:</p> <ul style="list-style-type: none"> -La práctica seguida anteriormente por los progenitores o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad. - La opinión del y de la menor, regulado en el art. 388.1 Cc. estableciendo el derecho del y de la menor a ser oído. - La aptitud de cada uno/a de los progenitores para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro/a. - El resultado de los informes periciales.
ESPAÑA	<p>Custodia o Guarda, que en la práctica resultarían términos similares a Tenencia; se ha</p>	<p>En razón, al interés Superior del menor y su importancia, dicho país en su carta magna,</p>	<p><u>Código Civil Español-De las relaciones paterno Filiales</u></p>	<p>De lo establecido por el art. 156 Cc., a su tenor, parece determinarse que la regla</p>

	<p>ido instaurando la Custodia Compartida dentro de sus normas legales, como una institución primordial.</p> <p>Es así que, Aragón fue la primera comunidad en abrir camino a la Custodia Compartida, en mayo de 2010, sus Cortes aprobaron la Ley de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.</p>	<p>dispone en los apartados 2° y 3° del artículo 39; en primer lugar, el deber de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos e hijas y, en segundo lugar, el deber de los padres de prestar a los hijos y las hijas una completa asistencia en todos los ámbitos...</p>	<p>A raíz de las diversas reformas legislativas, España, país que por su tradicionalismo y característica de Estado conservador, se logró desvirtuar la creencia de lo que se consideraba, según líneas de (Torres, 2011) que la atribución de los hijos a uno u otro progenitor en los supuestos de nulidad</p> <p>o separación se producía como consecuencia de la conducta de éstos en el matrimonio. Puesto que la separación era causal, y dicha causa tenía un "responsable", la consecuencia lógica era reprochar esa mala conducta que se consideraba "causa" de la separación con el castigo de perder</p> <p>la guarda y custodia de los hijos.</p> <p>Pues bien, ello actualmente, no se desarrolla de tal manera, ya que según el último párrafo del referido artículo 156 Cc. establece lo siguiente:</p> <p>"Si los padres viven separados,</p>	<p>general, utilizada en España, es priorizar la custodia o guarda conjunta, la cual si no es acordado y/o solicitada por uno de los progenitores, pues el Juez, en su calidad velador de los intereses del menor cuando estos son vulnerados, tiene la plena facultad de atribuir la custodia conjunta distribuyendo sus roles inherentes a su ejercicio.</p> <p>El artículo 90 Cc. en su nueva redacción dada por la <u>Ley 15/2005 de 8 de Julio</u>, incluye:</p> <p><i>"A) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos"</i></p> <p>Para brindar una clara actuación de lo que es ahora España, en dicho</p>
--	---	---	--	---

			<p><i>la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva; Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio"</i></p>	<p>contexto, resulta pertinente mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sec.18ª) de 20 de Febrero de 2007, conforme a la cual: a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática; b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimientos de lealtad; sentimiento de culpa, sentimiento de negación;</p>
--	--	--	--	---

				<p>sentimiento de suplantación; etc., c) se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos; d) se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo además, con ello, una mayor</p>
--	--	--	--	--

				<p>concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos; f) hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto al tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor; y g) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor.”¹⁰</p>
BÉLGICA	Bélgica, regula la institución de la Autoridad parental responsabilidad	Las responsabilidades parentales deben de ser	<u>Código Civil Belga</u>	Concretamente en el párrafo 2º del artículo 374 Cc, se estableció

¹⁰ Citado por Solano Jaime, Rosa; Juez Supernumeraria del Décimo Primer Juzgado de Familia con competencia Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima; en su artículo sobre LA TENENCIA COMPARTIDA ¿SOLUCIÓN A LA BATALLA LEGAL QUE OTORGA COMO TROFEO A LOS HIJOS?

	<p>parental, "<i>l'autorité parentale</i>" fundamentada en el Código Civil belga art. 373-375.</p> <p>La responsabilidad parental no difiere según si los progenitores están o no casados, si viven juntos o si existen dos progenitores o sólo uno.</p>	<p>ejercitadas en interés del menor. La noción "<i>interés del menor</i>" domina todo el Derecho de familia belga y es un principio de orden público. Todas las decisiones que adopte el/la Juzgador/a deben de tomar en consideración, prioritariamente, el interés del y de la menor. (Aramburu, Chato, Martín, & Pérez-Villar, 2007)</p>	<p>La regla general es el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental por ambos progenitores. Existe una presunción legal, el artículo 373 párrafo 3º Cc., según la cual cada progenitor actúa con el acuerdo del otro/a cuando uno o una de ellos opera sin la presencia del otro/a.</p>	<p>la figura de la "<i>residencia igualitaria</i>"- "<i>résidence égalitaire</i>", una de sus principales instituciones, configurándose como regla general el ejercicio conjunto de la "<i>autoridad parental</i>", en la que los progenitores deberán consensuar el lugar de residencia de los y las menores; el acuerdo será homologado por el Tribunal, salvo si es manifiestamente contrario al interés de los hijos e hijas.</p>
ITALIA	<p>Dentro de la doctrina y jurisprudencia italiana, se considera la figura del "<i>affidamento</i>" a través de la <u>Ley 54/2006 del 8 de Febrero</u>. Ante ello, lo concerniente a patria potestad, la "<i>potestà genitoriale</i>" es ejercida de común acuerdo ambos progenitores y, además, su ejercicio no se encuentra supeditado a la</p>	<p>Las atribuciones, derechos y obligaciones, deberán ser ejercidas exclusivamente beneficio del o de la menor. El o la juez, en Italia, tiene conferidas las facultades de actuar en interés del menor, procurando su estabilidad y cuidado, cuando los progenitores no se encuentren en las condiciones necesarias de</p>	<p>Artículo 316 del <u>Código Civil italiano</u>, la "<i>potestà genitoriale</i>", referente al ejercicio de la misma. Por otro lado en cualquier caso, el progenitor que no ejerce la "<i>potestà genitoriale</i>" conserva el derecho de vigilar la instrucción, educación y condiciones de vida de su hijo e hija, artículo 317 Cc.</p>	<p>El segundo párrafo del artículo 317.2 Cc, señala, en caso de separación, divorcio o nulidad, por principio, la "<i>potestà genitoriale</i>" se otorga a ambos progenitores. Así, las decisiones de mayor relevancia para los hijos e hijas relativas a su instrucción, educación y salud las</p>

	<i>vida en común.</i>	dar bienestar a sus hijos, el juez dictará una resolución nombrando un tutor, si ello fuera indispensable para el beneficio del menor.		tomarán ambos, padre y madre, de común acuerdo teniendo en cuenta las capacidades, la inclinación natural y las aspiraciones de los hijos e hijas. Por otro lado, tenemos, que la normativa italiana exige que el Juez adopte las medidas relativas los menores con <i>"exclusiva referencia al interés moral y material del menor"</i> , debiendo establecer a cual de los progenitores otorga el <i>"affidamento"</i> , auxiliándose de los medios de prueba que considere pertinentes, entre ellos la audiencia del o de la menor. (Aramburu, Chato, Martín, & Pérez-Villar, 2007)
EE.UU	En Estados Unidos, consideran a la Tenencia o Custodia Compartida como "custodia legal conjunta" la cual se entenderá que	Existe la presunción, salvo prueba en contrario, de que la custodia conjunta coincide con el mejor interés del niño, siempre		Para el otorgamiento de la Tenencia de menores, la sentencia del Tribunal deberá establecer los derechos y las responsabilidad

	ambos padres compartirán el derecho y la responsabilidad de adoptar las decisiones relativas a la salud, la educación y el bienestar del niño. Así mismo, que por "custodia física conjunta" se entenderá que cada uno de los padres tendrá períodos significativos de custodia física. La custodia física conjunta será compartida por los padres de tal forma que se garantice al niño un contacto frecuente.(APFS, 2007)	que los padres hayan llegado a un acuerdo de custodia conjunta o así lo acuerden en audiencia pública celebrada para determinar la custodia del niño.		s parentales incluidas de la siguiente manera (APFS, 2007): 1) El reparto de derechos y responsabilidades parentales, la compartición de derechos y responsabilidades parentales o la concesión exclusiva de derechos y responsabilidades parentales, en función del mejor interés del niño. Una sentencia de compartición de derechos y responsabilidades parentales podrá incluir la asignación de la atención residencial primaria del niño a uno de los padres y derechos de contacto al otro padre, o la compartición de la atención residencial primaria del niño a ambos padres.
PUERTO RICO	“La custodia, significa la obligación de ambos progenitores, padre y madre, de ejercer directa y totalmente todos los deberes y funciones que conlleva la crianza de los hijos... La custodia	El Estado de Puerto Rico, conoce los asuntos de familia donde menores se encuentran involucrados, como temas de política pública del Gobierno, quienes se obligan a tomar	Se crea en el año 2011, <u>la Ley Num. 223, “Ley Protectora de los Derechos de los Menores en el Proceso de Adjudicación de Custodia”</u> , la cual en su exposición de motivos señala que el Estado garantiza niños	El Tribunal Supremo, manifiesta que al evaluar los casos de custodia, el tema principal que debe orientar a los tribunales, funcionarios sociales y abogados es el “Mejor Bienestar

	compartida no requiere que un menor tenga que pernoctar por igual espacio de tiempo en la residencia de ambos progenitores...” ¹¹	las medidas necesarias para fomentar las relaciones saludables entre cónyuges y sus hijos, con el propósito de proteger y procurar el “mejor bienestar de los niños”.	felices en el presente y ciudadanos responsables en el futuro; así mismo cabe precisar que también contiene un argumento sumamente, señalando lo siguiente: “...deben entenderse las necesidades de la familia divorciada o separada la cual, continúa siendo una familia que merece la misma atención que la familia constituida...” cuya interpretación gira en torno a las necesidades de los niños, quienes al ser parte de esta situación no se les puede afectar sus derechos, que tanto como sus necesidades siguen siendo las mismas en relación a sus padres, puesto que los niños no se divorcian de los padres.	de los Menores”. Pues consideran que es importante promover un mayor grado de participación y presencia de ambos progenitores en la vida de los niños que son producto de una pareja divorciada o separada. Así mismo el Tribunal Supremo expresa su posición respecto a los beneficios de la custodia compartida, cuando esta resulta la mejor alternativa para el mejor bienestar del menor, al señalar: “...si el derrotero e intención legislativa es el mejor bienestar del los menores, no vemos fundamento válido alguno para que en la consecución de ese legítimo fin, la patria potestad y custodia no puedan ser compartidas por ambos cónyuges”. ¹²
--	--	---	---	---

¹¹ Artículo 3.- Definición de Custodia Compartida, Ley Especial “Ley Protectora de los Derechos de los Menores en el Proceso de Adjudicación de Custodia”. Leyes de Puerto Rico.

¹² Extracto descargado de <http://www.oslpr.org/LeyesPopUp.asp?pages=15&tipo=2&year=2011>
Resumen Normativo de Torres Ojeda, Ex Parte, 118 (1987)

CHILE	<p>Éste se país, se basa en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, ejercerán los cuidados de sus hijos de manera conjunta y compartida.</p> <p>El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.¹³</p>	<p>El Profesor y Abogado, Mario Correa, expresa en relación al Principio del Interés Superior del Niño, como una norma suprema, que lo que (Correa) quiere es proteger al menor, en su interés, es decir, en su bien, porque el término interés implica una dimensión puramente material del tema, como persona humana, que se puede encontrar en situación de debilidad respecto de las personas con las que vive o de las que depende.</p>	<p><u>LEY NÚM. 20.680</u></p> <p><u>INTRODUCE MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL Y A OTROS CUERPOS LEGALES, CON EL OBJETO DE PROTEGER LA INTEGRIDAD DEL MENOR EN CASO DE QUE SUS PADRES VIVAN SEPARADOS.</u></p> <p><u>Título Ciudadano de la Ley: Amor de Papá.</u></p>	<p>"Art. 225 Cc. Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta... Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos. El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad".</p> <p>Para el establecimiento</p>
-------	--	--	---	--

¹³ Segundo Párrafo del Art. 225 Código Civil Chileno, modificado por Ley 20680, vigente desde el 21/06/2013. Título Ciudadano: Ley Amor de Papá.

				<p>del régimen de coparentabilidad o forma conjunta de tenencia se señala lo siguiente:</p> <p>"Art. 225-2. Cc se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:</p> <p>a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.</p> <p>b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.</p> <p>c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.</p> <p>d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el</p>
--	--	--	--	---

				<p>inciso quinto del artículo 229.</p> <p>e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.</p> <p>f) La opinión expresada por el hijo.</p> <p>g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.</p> <p>h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.</p> <p>i) El domicilio de los padres.</p> <p>j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo."</p>
--	--	--	--	---

Definición de términos básicos.

- **Custodia:** es un atributo inherente a la patria potestad, definida como el control físico que tienen los padres sobre los hijos.
- **Patria Potestad:** Es el conjunto de derechos y deberes que ejercen de manera paritaria la madre y el padre al momento que se configura la filiación de la prole.

- **Tenencia Compartida:** Situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o conyugal, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos.
- **Tenencia Monoparental:** Es la modalidad en que la custodia de los hijos recae en uno de los progenitores mientras que el otro tiene un régimen de visitas con los hijos.
- **Interés Superior:** Se justifica como la mayor atención prestada a las necesidades de la persona del menor, sin duda valorada forzosamente en su propia dimensión pero también sin desatender su notoria proyección de adulto en formación
- **Derechos:** En plural, hace referencia a aquello que se concede o reconoce a un sujeto de derecho.
- **Sujeto de Derecho:** Unidad sobre la que la ley efectúa imputaciones directas arrogándole derechos y obligaciones. Para el derecho los únicos sujetos de derecho son las personas.
- **Menor de Edad:** Es aquel individuo que aun no ha alcanzado la edad adulta; comprendida por la infancia y parte de la adolescencia.
- **Progenitores:** Antepasado directo de una persona y en especial el padre y la madre.
- **Coparentabilidad:** La modalidad de custodia de los hijos que tiene como principal objetivo que éstos sigan manteniendo un contacto asiduo con ambos progenitores.
- **Institución Familiar:** Conjunto de situaciones, actuaciones o reglas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran la familia, entre sí y respecto de terceros.
- **Desarrollo Integral:** Proceso continuo, permanente y participativo que busca desdoblar armónica y coherentemente todas y cada una de las dimensiones del ser humano (ética, espiritual,

cognitiva, afectiva, comunicativa, estética, corporal, y socio-política), a fin de lograr su realización plena en la sociedad.

- **Convención Sobre los Derechos del Niño:** Es un tratado internacional de las Naciones Unidas por el que los estados firmantes reconocen los derechos del niño.
- **Interés Superior del Niño:** Es el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral del niño, que aseguren su protección contra malos tratos.
- **Crianza:** Proceso en el tiempo y en el espacio que permite tener cuidado del niño hasta que se hace adulto, lo que implica un esfuerzo físico y emocional.

CAPÍTULO 3. HIPÓTESIS

3. Formulación de la hipótesis.

Los factores determinantes a favor de la Tenencia de Menores, edad del menor y tiempo de convivencia del menor con cada uno de sus progenitores, establecidos en las resoluciones que pusieron fin al proceso, expedidas por los juzgados de Familia de la ciudad de Trujillo, no son los adecuados para el mejor desarrollo y proceso de formación del niño y/o adolescente, porque someten al menor a una Tenencia Monoparental o exclusiva a favor de un solo progenitor, lo cual afecta la formación de los hijos, quienes pierden el derecho a mantener las relaciones estables con sus padres, afectando su desarrollo integrallo cual implica ir en contra del Principio del Interés Superior del Niño. Por lo tanto, afecta todo aquello que es esencial para su desarrollo integral, sometiéndolos a una semiorfandad artificial, puesto que, alejando al menor de la presencia de su padre o madre genera situaciones de descontento y conflictos durante su formación en familia y sociedad, que bajo ninguna percepción lógica puede ser favorable para el desarrollo y bienestar del niño, niña o adolescente.

4. Operacionalización de variables.

VARIABLES	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIÓN	SUBDIMENSIÓN
Los factores determinantes a favor de la Tenencia de Menores	Factor o factores, se considera a, cualquiera de los elementos que contribuyan a un resultado. La Tenencia es una Institución Familiar, es la responsabilidad parental, de los padres de la niña, niño o adolescente, de velar por su desarrollo integral cuando se encuentren separados de hecho.	<u>Factores:</u> - Utilizados por resolver en casos de Tenencia de niños o adolescentes.	- Factores adoptados por los jueces de familia en casos de Tenencia.
		<u>Tenencia:</u> - <u>Monoparental</u> - Compartida - Legal Conjunta - Física Conjunta	- Aspectos Fundamentales de la Tenencia. - Factores de riesgo en los tipo de Tenencia - Tipo de Tenencia a Nivel Nacional - Tipos de Tenencia a Nivel Internacional
		<u>Responsabilidad Parental:</u> - Coparentabilidad	- Función de la Coparentabilidad
Que contraviene el Principio del Interés Superior del Niño.	Principio rector, a nivel internacional, que debe prevalecer, atacando a todo aquello que afecte de manera desproporcional los derechos de los niños, ya que anteponerse ante este principio ocasionaría excesos modificando el derecho y el objetivo principal que es velar por el los niños.	<u>Principio Rector</u> - La Convención sobre los Derechos del Niño sobre el Interés Superior del Niño	- Actividad Valorativa y legal del Interés Superior del Niño.
		<u>Nivel Internacional</u> - Legislación Nacional - Legislación Comparada	- Comparación legal internacional.

Variable uno

- Los factores determinantes a favor de la Tenencia de Menores.

Variable dos

- Que contravienen el Principio del Interés Superior del Niño.

CAPÍTULO 4. MATERIALES Y MÉTODOS

El presente se trabaja en relación al método FUNCIONALISTA, en la medida que se han adoptado hechos o casos como análisis o centro de los problemas jurídicos, para lo cual partimos de una realidad concreta, que es la materia de análisis para lograr una generalización.

4. Tipo de diseño de investigación.

NO EXPERIMENTAL-TRANSVERSAL

5. Material de estudio.

5.1 Población.

La muestra es no probalística a criterio del investigador y por criterio de inclusión se procedió a seleccionar 10 expedientes en los juzgados de la ciudad de Trujillo, específicamente Juzgados Especializados en Familia.

5.2 Muestra.

La muestra intencional de esta investigación, se configuró a través de 10 de expedientes con resoluciones que pusieron fin al proceso, emitidas en el año 2011 sobre Tenencia de Menores, para poder determinar los factores empleados por los jueces de familia de la ciudad de Trujillo, para resolver ante ese tipo de pretensión. Así mismo, se realizó una encuesta a los mismos jueces de familia y se determinaron los criterios que aplican al expedir sus sentencias.

6. Técnicas, procedimientos e instrumentos.

6.1 Para recolectar datos.

El presente estudio conlleva la utilización de los siguientes procedimientos metodológicos:

Análisis de Casos: Expedientes de familia, que describen los casos de Tenencia de menores, solicitados por los padres de los mismo, ante los juzgados de Familia de la ciudad de Trujillo, analizando sus resoluciones que pusieron fin al proceso, asimismo determinando los factores considerados para el otorgamiento de la Tenencia de los menores.

Encuestas: Encuestas que serán diseñadas directamente para los operadores de Justicia del área de Familia, quienes nos explicarán sus factores empleados en cada caso sobre Tenencia de menores.

Entrevistas: Realizadas a los jueces de los Juzgados de Familia de la ciudad de Trujillo, la cual consistió en un cuestionario de una sola pregunta, en la cual nos brindan su opinión acerca de la Institución de la Tenencia Compartida de menores.

6.2 Para procesar datos.

Las técnicas e instrumentos utilizados, serán correctamente evaluados y analizados.

CAPÍTULO 5. RESULTADOS

Comprende los resultados de la medición de los indicadores correspondientes a las variables de estudio expresados generalmente en cuadros analíticos. Concluye con la prueba de hipótesis.

Caso 1

Expediente : 00031 – 2011 – 0 – 1601 – JR – FC 05

Juez : Dr. Carlos Anticona Lujan

Especialista : Dra. Ysabel Rodriguez Lescano

Demandado : Moreno Huamanchumo Jose Luis

Demandante : Saldaña Cerna Mercedes Victoria

Materia : Tenencia

FUNDAMENTOS DE HECHO	
<p>DEMANDANTE:</p> <ol style="list-style-type: none"> Debido a la exigencia que le hacía al demandado, con el fin de que trabaje en forma más regular y permanente en la actividad comercial, así como la amenaza de demandarlo por pensión alimenticia, alude que el demandado a optado por “arrebatarle o quitarle” a su menor hijo. El demandado, le manifestó que quería llevar a su menor hijo a la casa de sus padres para que lo vean, aceptando su pedido, al domicilio, ingreso solamente el demandado y su menor hijo, posteriormente le dijo que no le iba a entregar al menor. El menor se encuentra en la etapa de amamantar, no estando acostumbrado a otro tipo de alimentación. El demandado tiene a su menor hijo en un ambiente muy reducido. 	<p>DEMANDADO:</p> <ol style="list-style-type: none"> La demandante nunca cumplió su papel de madre, y que ha inventado hechos falsos. La demandante al alegar que el menor está en periodo de lactancia, olvida que un niño desde los seis meses de edad ya come papillas, a los nueve meses comidas más sólidas. En cuanto a las condiciones de vivienda, cuenta con los servicios mínimos de una vivienda, la demandante en cambio, vive en un restaurante, en donde su hermana le ha dado un pequeño cuarto. La demandante es una persona inestable emocionalmente.
<p>FUNDAMENTOS DE DERECHO:</p> <ol style="list-style-type: none"> III del Título PRELIMINAR DEL Código Procesal Civil, la finalidad del proceso. 	

- 2) Artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOS DEL NIÑO.
- 3) Artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, responsabilidad de los Estados partes por velar por el interés superior del niño.
- 4) Los Artículos IX y X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, toda medida conceniente al niño que adopte el Estado a través del Poder Judicial, se CONSIDERA EL Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente.
- 5) Art. 421º del Código Civil, que precisa atributos de la patria potestad.
- 6) Art. 81º y 84º del Código de los Niños y Adolescentes, que prevé la tenencia cuando los padres son separados.
- 7) Art. 422º del Código Civil, Régimen de Visitas.

FACTORES DEL JUEZ: En el presente caso, el Juez ha considerado en su decisión los siguientes factores: TIEMPO DE CONVIVENCIA Y EDAD DEL MENOR, teniendo en cuenta el informe social de ambos padres, sin embargo por la minoría de edad del niño, este debe permanecer con la madre; b) LAS CONDICIONES DE CONVIVENCIA, se deduce que los padres cuentan con las condiciones mínimas de convivencia. Finalmente manifiesta que la finalidad del mismo es mantener la continuidad de las relaciones personales entre padre que no ostenta la tenencia de su menor hijo, por cuanto señalo establecer un régimen de visitas para el demandado, otorgando la tenencia (MONOPARENTAL) a la demandante.

ANÁLISIS: La misma posición, es adopta el juez del 4to Juzgado de Familia de la CSJL, quien no comparte la tenencia Compartida, fundamentando su posición en el sentido que, los padrones de conducta de los padres son diferentes y no se forma un desarrollo integral del menor, ya que alteraría su estabilidad emocional al compartir dos hogares. Resultado ello, incorrecto, ya que se puede apreciar que el Señor Juez, no tiene no tiene el conocimiento amplio y suficiente de las características de la Tenencia Compartida en el sentido de la división de los roles parentales.

Por tanto, lo resuelto por el Juez resulta incoherente a los factores abordados, los cuales reflejan las óptimas condiciones de ambos padres para ostentar la COPERATIBILIDAD a favor del menor obviando la aplicación del factor “la actividad de los padres”, ya que coadyuva a la formación de sus hijos, permitiéndoseles relacionarse con las necesidades e interés del menor diariamente, relación que como bien dice (Beltrán P. 2009) suele ser más importante entre los primeros años de vida del niño, ya que en la adolescencia los hijos suelen buscar independencia emocional respecto a sus padres.

CASO 2

Expediente : 1618 – 2011

Demandante : Sandy Constanza Benites Carbajal

Demandado : Omar Ivan Bustamante Vallejos

Materia : Tenencia

Juez : Dr. Guillermo Alarco Gil

Secretaria : Dra. Anyolina Avlos Arqueros

FUNDAMENTOD DE HECHOS	
DEMANDANTE: <ol style="list-style-type: none"> 1) Con el demandado estuvieron conviviendo, luego con el pretexto de quitarle el pecho a su hijo el demandado le propuso llevarlo a la casa de sus padres en la ciudad de Chiclayo. 2) Los abuelos paternos le dijeron que ya no lo entregarían, con el pretexto de que ya no tenían nada que ofrecerle y que vivía en casa de sus padres y no trabaja. 3) Es por eso que solicita la tenencia de su hijo, a fin de poder atenderlo y cuidar de su desarrollo. 	DEMANDADO: <ol style="list-style-type: none"> 1) El demandante convive a lado se sus padres, quienes conforman una familia y solidaria, en donde si hijo tiene buenas condiciones y relaciones.
FUNDAMENTOS DE DERECHO: <ol style="list-style-type: none"> 1) Art. III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, la finalidad del proceso. 2) Art. 188 y 196 del Código Civil procesal Civil, los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes. 3) Art. 81 y 84 del Código de loa Niños y Adolescentes que prevé la tenencia cuando los padres son separados. 4) Art. VIII del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, referente al principio de interés Superior del niño, el mismo que garantiza la satisfacción de los derechos del menor y como estándar jurídico implica que dicho interés deberá estar presente en el primer lugar en toda decisión que afecte al niño o adolescente. 	
FACTORES DEL JUEZ: Factores abordados: Condiciones materiales y morales que proporciona cada uno de los progenitores, ello en base a los informes sociales. Por otro lado, a pesar de que ambos progenitores ostentan condiciones mínimas para tener bajo a su cargo al menor, este criterio de la CONDICIONES MINIMAS, en el sentido de valorar la economía, el interés del niño no se aviene con ninguno de sus argumentos, sino más bien con el de un trato judicial equitativo y digno para ambos padres, lo cual no se aprecia.	
ANÁLISIS: <p>En la resolución de sentencia, se aprecian los factores abordados son vagos y dispersos, los cuales no son valorados con la mínima atención en razón al PRINCIPIO DE INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, ya que todo lo que se determina en relación a las posibilidades y relaciones de los progenitores. En este caso el Juez del 2º Juzgado de Familia de la CSJL, se pronuncia en cuanto a las posibilidades económicas de los progenitores, constituye un factor determinante pero no primordial y que uno de los factores a tener en cuenta en este tipo de procesos es la buena relación del menor con sus progenitores, ambos deberán contribuir con mantener el contacto, ya que es derecho del menor permanecer con sus padres, en cuanto a la Tenencia Compartida, es un tema que se trata con mayor reserva.</p>	

CASO 3

Expediente : 778 - 2009

Demandante : Roberto Enmanuel Alegria Mendoza

Demandado : Jackeline Paola Rodriguez Araujo

Materia : Tenencia Compartida

Juez : Mercedes Vazquez Zambrano

Secretaria : Medally Yuleti Gamboa Tapia

FUNDAMENTOD DE HECHOS

DEMANDANTE

- 1) La relación con la demandada ha venido desarrollándose de la mejor manera e incluso han estado conviviendo, el menor atravesaba problemas de salud, por la tierra que absorbía, el demandante llevo al menor a casa de sus padres, a fin de que dicho menor siga su tratamiento médico y sus estudios del nivel inicial.
- 2) El menor ha estado en tratamiento y viviendo con su persona en forma normal, demostrando alegría ante el mejoramiento en su salud y ver mejoras en su desarrollo educativo, del cual la madre lo había descuidado.
- 3) La demandada procedió a retirar al menor de su colegio, perjudicando así su formación escolar; no siendo dable que se ingrese a una disputa, como si su niño fuera un trofeo.

DEMANDADO

- 1) El menor se ha encontrado viviendo más tiempo con ella, quien ha estado siempre bajo su cuidado, proporcionándole alimentación, educación y vestido, además ello se desprende del propio escrito de demanda, en el cual el actor señala que han convivido con la demandada y los padres de éste para luego precisar que lamentablemente ésta se llevó a su hijo a la localidad de Laredo; y luego refiere que su menor hijo quedo bajo su poder con la finalidad de continuar con un tratamiento médico e iniciar sus estudios en el nivel inicial, desprendiéndose de ello que en el lapso en el que el menor contaba con cinco años de edad paso a vivir junto a su padre y abuelos paternos, en la ciudad de Trujillo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

- 1) Art. 88º del Código de los Niños y Adolescentes, Régimen de Visitas.
- 2) Art. VIII del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescente, referente al principio de Interés Superior del niño, el mismo que garantiza la satisfacción de los derechos del menor y como estándar jurídico implica que dicho interés deberá estar presente en el primer lugar en toda en toda decisión que afecte al niño o adolescente.
- 3) Art. 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescente, que prevé la Tenencia cuando los padres son separados.

FACTORES DEL JUEZ: En el presente, el Juez plantea como factores principales “el mayor tiempo de convivencia”, procesando que durante la tramitación del presente proceso ha quedado acreditado que el menor se ha encontrado viviendo mayor tiempo con su madre, quien ha estado siempre bajo su cuidado, proporcionándole alimentación, educación y vestido; que como se desprende de los fundamentos de hecho de ambas partes, convivían por tanto ambos pasaron el tiempo con el menor y contribuyeron con el sustento.

ANALISIS: No se tuvo en cuenta que dicho factor erróneamente aplicado preconiza la irremplazabilidad de la madre en el cuidado de los niños en los años más tiernos de la infancia (en general, de 0 a 7 años), considerando superflua o secundaria la figura paterna, (APFS, 2007). De lo cual, en reflexión de la investigadora, es un factor histórico que actualmente debe tomarse en cuenta con la mayor cautela; de tal modo que se valore el permitir brindarle al menor una familia, el derecho que tiene este de permanecer con ambos padres el tiempo necesario y evitar sustraerle el derecho de mantener su familia, lo cual permitiría su correcta orientación.

En dicho sentido, la investigadora considera que debió aplicarse el factor “estabilidad emocional de los padres y los hijos, siendo fundamental, tener en cuenta dicho factor, en cuanto permitirá a los progenitores coordinar y determinar las pautas de crianza en conjunto, evitando que los niños y adolescentes desacaten los lineamientos trazados por estos. (Beltrán P. 2009).

En sentido, el Señor Juez del 2do Juzgado Especializado de la Familia, indica que la estabilidad emocional de los padres y los hijos, son importantes aspectos a tenerse en cuenta al momento de resolver ante procesos de Tenencia. Sin embargo, uno de los criterios que toma en cuenta antes de aplicar otros, es la edad del menor, quien de acuerdo a ello podrá emitir opinión y al no ser ello posible, pues este se quedara bajo los cuidados de la madre, si es que reúne las condiciones necesarias.

Caso 4

Expediente : 2231 - 2010

Demandante : Karina Beatriz Beyodas Izaga

Demandado : Marco Antonio Paredes Huertas

Materia : Tenencia De Menor

Juez : Dra. Mercedes Vasquez Zambrano

Secretaria : Dr. Olmedo Saldaña Melendez

FUNDAMENTOS DE HECHO

DEMANDANTE:

1. AMPB, de dos años de edad, quien estado bajo su tenencia y custodia en su hogar desde su nacimiento; pero sucedió que por

DEMANDADO:

1. El demandado vive con la menor AMPB, desde el veintinueve de julio al

<p>mutuo acuerdo verbal entre la demandante y el demandado, determinaron que el podría visitarla o llevarla los fines de semana y los días que este lo solicite, motivo por el cual le hizo entrega de la menor al demandado.</p> <p>2. El demandado se negó a entregarle a su menor hija, quien se encuentra bajo su cuidado y el de sus padres; señala además que el demandado no viene pasando pensión alimenticia alguna, peor aún no tiene trabajo conocido, por lo que ha tomado la decisión de no entregarle a su hija, con el fin de sustraerse de su obligación de pasar alimentos</p>	<p>veinte de agosto del dos mil diez, en un departamento, el mismo que cuenta con dos ambientes y mobiliario necesarios y donde existe un dormitorio acondicionado para la menor, siendo el demandado y su padre quienes sostienen el hogar conformado por el demandado y sus padres.</p>
---	---

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1. Art. 74 del Código de los Niños y A adolescentes, atributos de la Patria Potestad
2. Art. IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, Principio del interés Superior del Niño.
3. Art. 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes. Que prevé la Tenencia cuando los padres son separados.

FACTORES DEL JUEZ: En el presente caso, el Juez determina con las condiciones óptimas y legales para otorgar la Tenencia de la menor, manifiesta los siguientes factores: OPINION DE LA MENOR, opinión que fue favorable para ambos progenitores, sin embargo no se tuvo en cuenta; TIEMPO DE CONVIVENCIA, tuvo en consideración presupuesto normativo previsto por el Art. 84, del inciso a) del Código de los Niños y A adolescentes, que prescribe que, el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien vivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable, debiendo además tener en cuenta la opinión del niño o adolescente según su edad y madurez (factor que no fue favorable).

ANALISIS: Los señores jueces de los juzgados de familia de la CSJL (1º y 5º juzgado), señalaron que se defiende el tiempo de mayor de convivencia que tuvo el menor, el cual generalmente se da con la madre, quien ejerce los cuidados primarios. (Constituyendo ello en un neto costumbrismo social que influencia en lo jurídico).

Pues bien, se desprende de los fundamentos de hecho de ambas partes que, estos convivieron y permanecieron con la menor, por cuanto deviene en injusta la posición del juez. En este sentido, cabe señalar que la actividad de los padres es un aspecto de lo cual no se puede prescindir ya que un progenitor tiene flexibilidad en sus horarios de trabajos o facilidad para solicitar permiso especiales para coadyuvar la formación de sus hijos podrá ejercer mejor la tenencia conjunta, lo cual perfectamente pudo ocurrir, del mismo debió aplicarse el criterio “estabilidad emocional de los padres y los hijos, siendo fundamental, tener en cuenta dicho criterio, en cuanto permitirá a los progenitores coordinar y determinar las pautas de crianza en conjunto, evitando que los niños y adolescentes destaquen los lineamientos trazados por estos”. (BELTRAN P., 2009)

Caso 5

Expediente : 039 - 2011

Demandante : Cecilia Isabel Mallap Barba

Demandad : Romel Esliban Calvo Zegarra

Materia : Reconocimiento De Tenencia Y Custodia

Juez : Dra. Victoria Ramirez Pezo

Secretaria : Dra. Medally Yuleti Gamboa Tapia

FUNDAMENTOS DE HECHO	
DEMANDANTE: <ol style="list-style-type: none"> 1. Pese a los diversos requerimientos el demandado no cumplía con su obligación como padre, de pasar una pensión de alimentos. 2. Su hijo, se encuentra bajo la supervisión de la recurrente. 3. Nunca le ha prohibido al demandado que visite a su menor hijo pese a que no cumplía con la obligación alimentaria, por tanto le resulta extraño que este plantee un régimen de visitas a su favor. 	DEMANDADO: <ol style="list-style-type: none"> 1. Su condición procesal: REBELDE.
FUNDAMENTOS DE DERECHO: <ol style="list-style-type: none"> 1. Art. 74 del Código de los Niños y Adolescentes, atributos de la Patria Potestad 2. Art. IX del Título Preliminar Código de los Niños y Adolescentes, Principio del Interés Superior del Niño. 3. Art. 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, que prevé la Tenencia cuando los padres son separados. 	
FACTORES DEL JUEZ: <p>En cuanto a los factores aplicados al caso en concreto, se toman en cuenta factores en base a aspectos económicos, de vivienda, psicosociales y afectivos, los cuales pertinentes para formar una convicción determinada a favor de cada progenitor.</p> <p>Por otro lado, está el factor de la “edad del menor” que en muchos casos no se valoran al costumbrismo.</p> <p>ANALISIS: Se resalta el papel de la madre como irremplazable en los primeros años de vida y se considera al padre como una figura secundaria y superflua, con ello denegando al menor el derecho de pasar tiempo con su madre o padre, que no ostente la tenencia. Este derecho de tenencia no debe ser visto solo como un derecho a reclamar por parte de los padres, sino que concesión debe tenerse presente el derecho de los niños a vivir con sus padres, por lo tanto la opinión de ellos, (en el caso de que estén posibilitados de hacerlo) resulta siendo importante, y aun cuando su desarrollo evolutivo no lo permitiera formarse su propia opinión, habría que considerar</p>	

fundamentalmente los intereses de estos, antes de que se pronuncien sobre esta tenencia. (Aguilar, ¿la tenencia es atributo exclusivo de la patria potestad o también puede extenderse a otros parientes?, 2012).

Caso 6

Expediente : 00022 - 2011

Demandante : Diaz Chavez, Gloria Edith

Demandado : Villaroel Rodriguez Marco Antonio

Materia : Tenencia

FUNDAMENTOS DE HECHOS	
<p>DEMANDANTE:</p> <ol style="list-style-type: none"> Señalando que a los quince años fue seducida por el demandado, de tal manera que producto de las relaciones sexuales con el referido demandado, tuvo al menor. El demandado asumió su obligación para con el menor y la recurrente, solo por el hecho de no ser acusado por violación de menor de edad, por la diferencia de edad que existía entre ambos. El demandado desde el inicio nunca manifestó la intención tener al menor. 	<p>DEMANDADO:</p> <ol style="list-style-type: none"> El recurrente se desempeña actualmente como Técnico de telefonía. Que, desde que la demandante quedo embarazada la relación se tornó insoportable, pues tenían continuas discusiones generadas por la mencionada debido a las molestias que le ocasionaba el embarazo, siendo entendida por el recurrente. La demandante, hizo abandono de hogar sin razón alguna dejando en completo estado de abandono al menor, hecho que fue denunciado por el recurrente, por lo que solicita que se le reconozca la tenencia del menor, la cual se encuentra haciendo efectiva.
<p>FUNDAMENTOS DE DERECHOS:</p> <ol style="list-style-type: none"> Art. 74 del Código de los Niños y Adolescentes, atributos de la Patria Potestad Art. IX del Título Preliminar Código de los Niños y Adolescentes, Principio del Interés Superior del Niño. Art. 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, que prevé la Tenencia cuando los padres son separados. Los artículos VIII, IX Y X DEL Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, referente a la correcta aplicación de los principios y derechos, y justicia garantizada para los niños y adolescentes. 	
<p>FACTORES DEL JUEZ: En el presente, el juez aplica literalmente los factores y las normas que los contienen, por ejemplo, señala en uno de sus argumentos: "...a la fecha</p>	

tiene un año con siete meses, por lo que efectuando una interpretación literal del artículo 84 inciso b) del Código de los Niños y Adolescentes, el niño debe permanecer con su madre por ser menor de tres años; desprendiéndose de dichas normas que ello obedece al hecho natural de la maternidad, pues un niño en los primeros años de su existencia, necesita del calor maternal...”

ANALISIS: Se desprende de lo acotado por el juez, que es un argumento que no obedece a un razonamiento amplio y menos acorde al contenido del Principio del Interés Superior del Niño, el cual refiere al momento del resolver temas concernientes a niños y adolescentes debe primar su desarrollo integral, en dicho caso, se afecta ello ya que es imposible que un niño en edad de crecimiento solo le sea favorable la figura paterna o paterna; ya que un desarrollo integral implica el asegurar el desarrollo de la personalidad, la autonomía actual y futura e identidad del menor, que aparecen indisolublemente ligado a ese criterio de la protección del “interés superior del niño”; por tanto de la tenencia debe reflejarse como un derecho de los niños a vivir con sus padres y no ser separados de ellos al no ser que las circunstancias lo justifiquen, tal como lo refiere el Art. IX de Convención sobre los derechos del niño. Posición, que no compartirían los jueces de la familia del 4º y 5º juzgado, en el sentido que ellos determinan que los menores de ocho años necesariamente deben permanecer bajo la tenencia y custodia de las madres.

Caso 7

Expediente : 1124 - 2010

Demandante : Daniela Esperanza Rodas Villalobos

Demandado : Edwin Bernabe Cabos Suarez

Materia : Tenencia

Juez : Dra. Yvonne Lucar Vargas

Secretaria : Dra. Silvia Obeso Lazaro

FUNDAMENTOS DE HECHO:

DEMANDANTE:

1. Sostiene que su hijo siembre ha estado bajo su protección y tenencia.
2. El demandado mantuvo una actitud irresponsable siendo víctimas de constante violencia física y psicológica, botándola del hogar convivencial, quedándose con su hijo.
3. Agrega que el demandado no le permite que visite a su hijo a pesar de no se encarga de su crianza si no su madre.

DEMANDADO:

1. Solicita se declare infundada la demanda interpuesta en su contra.
2. Señala que él ha sido el único encargado de la manutención de su hijo.
3. Trabaja en una empresa de taxis por las noches, su madre ayuda con el cuidado de su menor hijo.

FUNDAMENTO DE DERECHO:

1. Art. 81º del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por la ley N° 29269, el Juez puede determinar TENENCIA COMPARTIDA, en caso de separación de los padres.
2. La Convención sobre los DERECHOS del NIÑO, en su artículo 3º establece que los Estado Partes se comprometen a asegurar la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de los padres...asimismo, art. 7º y 19º.
3. Art. 74º del Código de los Niños y Adolescentes, deber de los padres, el de velar por el desarrollo integral de sus hijos.
4. Interés superlativo del niño, que reconoce los artículos 3º, 8º y 18º de la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código de los Niños y Adolescentes

FACTORES DEL JUEZ: La Sra. Juez, ha tomado en cuenta factores puntuales pero determinantes respecto al caso concreto, valoro los informes sociales y psicológicos de las partes, los cuales brindan información de datos específicos y especializados que contribuyen a una mejor convicción de los hechos así como a una mejor valoración de lo establecido en el escrito de demanda.

Que, a pesar de la minoría de edad del niño, la juez establece factores referentes condiciones materiales, morales y de habitabilidad que deben tener los padres, favorables para encargarse del cuidado y atención directa del niño, asimismo, factores relacionados a determinar la violencia familiar señalada, la cual no se desprende de ningún medio probatorio ni de los informes periciales psicológicos, los que determinaron una buena conducta y relación del menor.

La Sra. Juez ha establecido, que el menor deberá mantener la relación con ambos padres, para equilibrar el desarrollo interpersonal y social entre ellos, de tal modo que los vínculos familiares se fortalezcan. Se considera acertado este criterio, en el sentido del que el menor mantendrá la figura de sus padres quienes responderán por su correcto desarrollo integral.

ANALISIS: Tal como señala el juez del tercer juzgado especializado de la familia de CSJL, los dictámenes de los fiscales, referentes a denuncias de violencia familiar y los informes de asistentes sociales, resultan criterios importantes a tomar en cuenta en procesos de tenencia. En base a ello, resulta de necesaria aplicación los criterios mencionados, ya que se pretende brindar una protección al menor, de su desarrollo integral, por tanto este no debe estar expuesto a violencias o a ambientes en donde no se propicie un trato familiar sano, afectivo y materialmente estable, y al determinarse quién es el agente agresor y las victimas se podrá llegar a un mejor fallo, garantizando los derechos del menor en relación al Principio del Interés Superior del Niño.

Caso 8

4º Juzgado De Familia

Expediente : 01397- 2010 – 0 – 0 1601-Jr-Fc-04

Demandante : Briceño Valle, Fredy Ronald

Demandado : Noriega Vilca, Pilar

Materia : Tenencia

FUNDAMENTO DE HECHO	
DEMANTE:	DEMANDADO:
FUNDAMENTOS DE DRECHO: 1. Art. 203º del Código Procesal Civil, modificado por la ley 29057, dispone que si no concurren ambas partes a la audiencia programada por el juez el Juez dara por concluido el proceso.	
FACTORES DEL JUEZ: ANALISIS: Ninguna de las partes litigantes se apersono al local del 4º Juzgado Especializado de Familia, pese a haber sido citadas mediante resolución nº 6, por cuanto el Juez dio por concluido el proceso, así mismo procedió al ARCHIVO del mismo. En este sentido, las partes ponen en peligro la estabilidad y desarrollo integral del menor, quien podría encontrarse expuesto a diversos conflictos familiares.	

Caso 9

2º Juzgado De Familia

Expediente : 01993- 2010 – 0 1601-Jr-Fc-02

Demandante : Domínguez Arroyo, Lucero Katherine

Demandado : Rodríguez Lázaro, Kenny Alex

Materia : Tenencia

FUNDAMENTOS DE HECHO	
DEMANDANTE:	DEMANDADO:
1. Con el demandado procrearon a la menor Hade Katherine Rodríguez Domínguez, de dos años de edad, y que por problemas familiares de parte del demandado en su contra, decidieron dar por concluida su relación. 2. El demandado no asumió su responsabilidad de asistir con los alimentos, tiempo después, el demandado le amenazaba de muerte para que le entregue a la niña. 3. El demandado llevo al centro de trabajo de la demandante para verla a la menor, pero de manera abrupta se	1. Solicita que se declare infundada la demanda, con el argumento que viene ejerciendo la tenencia y custodia de su menor hija HKRD. 2. La demandante en forma voluntaria y por común acuerdo con el recurrente ante el Juez de Paz del distrito “El Porvenir” le hizo entrega de su menor hija y que durante ese tiempo nunca se preocupó por tener a su menor hija bajo su cuidado. 3. Durante el tiempo que ha tenido a su hija, se ha caracterizado por prodigarle cariño, protección y le ha

la llevo, sin importar que la niña lloraba.	brindado un entorno familiar.
4. Tiene un hogar que brindarle a su hija, y que por la edad, ella tiene la necesidad de su madre, entre otros argumentos.	4. Tiene la predisposición y tiempo para brindarle el cuidado y protección a su menor hija, habiendo vivido la menor por más tiempo con el demandado.

FUNDAMENTO DE DERECHO:

1. EL Art. 9º De la Convención sobre los derechos del niño, Los Estados partes velaran por que el niño no sea separado de sus padres (..) excepto cuando, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y procedimientos que tal separación es necesaria.
2. Art. 81 y 84 del Código del Niño y del Adolescente, que prevé la tenencia cuando los padres están separados

FACTORES DEL JUEZ: En el presente caso los factores del juez para la determinación de la tenencia a favor de la madre fueron los siguientes: Dictamen de la Señora Representante del Ministerio Público, opinando porque se declare fundada la demanda de tenencia y custodia al respecto de la niña HKRD LA QUE DEBERA SER EJERCIDA POR LA DEMANDANTE; Debido a que las justiciables reciban orientación psicológica como requisito previo para el cumplimiento del régimen de visitas al favor del padre. Otro de sus criterios relevantes fue: Mayor tiempo de convivencia de la menor con uno de los progenitores, determinar cuál de los dos progenitores facilita el contacto de la menor con su otro progenitor, quien brinda mejores calidades materiales y morales para el desarrollo de la niña, edad de la menor e informes sociales, de los cuales se desprende las condiciones de habitabilidad de los progenitores y las relaciones familiares que mantienen, ya sea juntos o separados.

FALLA: Declarando FUNDADA la demanda interpuesta por lucero Katherine Domínguez Arroyo

Contra Kenny Alex Rodríguez Lázaro sobre tenencia y custodia de su hija; en consecuencia: OTORGO LA TENENCIA de la niña a favor de su madre, sin establecer régimen de visitas pero reservando el derecho.

ANALISIS: en el presente caso, debe tomarse en consideración las actitudes de los progenitores, tanto entre ellos como con la menor, quien resulta ser la mayo afectada con los conflictos post-separación, pero aun cuando estas generan relaciones conflictivas, y de por medio una disputa sobre la posesión de la menor. Que tanto se desprenda del dictamen del fiscal, que el menor deberá permanecer con uno de los progenitores, por diversas causas, ya sea violencia familiar, o incapacidad de los progenitores, por diversas causas, ya sea violencia familiar para el o los menores, pues estos deberán seguir reglas de conducta y pasar por sesiones o terapias psicológicas que los ayuden a establecerse emocionalmente para que puedan contribuir con satisfacer las necesidades y cuidado de su hijos, quienes por ser pequeños y no valerse por sí mismo dependerán de las condiciones de habitabilidad tanto morales como materiales que sus progenitores les proporcionen.

Caso 10

2º Juzgado De Familia

Expediente : 00107- 2011 – 1601-Jr-Fc-05

Especialista : Rafael Angel Lavado Terrones

Demandante : Diaz Cuba Jessy Mary

Demandado : Gracia Chavez, Jose Manuel

Materia : Tenencia

FUNDAMENTOS DE HECHO	
DEMANDANTE:	DEMANDADO:
FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1. Art. 203° del Código Procesal Civil, modificado por la ley 29057, dispone que si no concurren ambas partes a la audiencia programada por el juez por el Juzgado dara por concluido el proceso	
FACTORES DEL JUEZ: ANALISIS Ninguna de las partes litigantes se apersono al local del 4º Juzgado Especializado de Familia, pese a haber sido citadas mediante resolución nº 6, por cuanto el Juez dio por concluido el proceso, así mismo procedió al ARCHIVO del mismo. En este sentido, las partes ponen en peligro la estabilidad y desarrollo integral del menor, quien podría encontrarse expuesto a diversos conflictos familiares.	

EXPRESIÓN DE RESULTADOS

Tabla 1. Tipo de Tenencia solicitada en las demandas ante Los Juzgados de Familia de Trujillo- 2011.

	Nº de demandas	(%) Porcentaje
Tenencia Exclusiva	1	90%
Tenencia Compartida	9	10%
	10	100%

- El mayor porcentaje de custodias solicitadas corresponden a la custodia exclusiva con el 90 % de las demandas presentadas.

Tabla 2. Resolución que puso fin al proceso-Juzgados de Familia de Trujillo.

		Nº de Resoluciones	(%) Porcentaje
Custodia Exclusiva Materna		7	70%
Custodia Exclusiva Paterna		0	0%
Custodia Compartida		0	0%
Inadmisibles		1	10%
Archivadas		2	20%
		10	100%

- El mayor número de resoluciones emitidas por los Juzgados de Familia de Trujillo, corresponden a Tenencia Exclusiva materna (70%). El menor número corresponde a Tenencia Compartida (0%)

Tabla 3: Factores que se consideran determinantes para la asignación de la custodia por los jueces de familia de los Juzgados de Familia de Trujillo.

Nº	Factor	Nº de Jueces		% de Jueces	
		SI	NO	SI	NO
1	Capacidad de cada progenitor de mantener y de animar los intereses y actividades del niño.	5	0	100%	0%
2	Capacidad de cada progenitor de proporcionar el acceso a una educación apropiada.	5	0	100%	0%
3	Opiniones y preferencias del niño de entre 12 y 14 años.	5	0	100%	0%
4	Afecto de cada progenitor hacia el niño.	5	0	100%	0%
5	Calidad de la relación de cada progenitor con el niño.	5	0	100%	0%
6	Preferencia por asignar la custodia al progenitor del mismo sexo que el hijo.	1	4	20%	80%
7	Capacidad de cada progenitor de contribuir al desarrollo moral del niño.	5	0	100%	0%
8	Comprensión de cada padre del desarrollo del niño.	5	0	100%	0%
9	Buena voluntad para compartir la responsabilidad parental después de la separación.	5	0	100%	0%
10	Capacidad de cada progenitor de mantener la rutina diaria del niño.	5	0	100%	0%
11	Abuso sexual del niño por un progenitor.	5	0	100%	0%
12	Abuso físico del niño por un progenitor.	5	0	100%	0%
13	Capacidad de cada progenitor de proveer al niño de una implicación estable en su comunidad.	5	0	100%	0%
14	Deficiencias físicas o necesidades especiales del niño.	5	0	100%	0%
15	Capacidad de cada progenitor de para proporcionar un ambiente físico seguro para el niño.	5	0	100%	0%
16	Ajuste psicológico de cada progenitor.	5	0	100%	0%
17	Capacidad de cada progenitor de entender las necesidades del niño y separarlas de las suyas.	5	0	100%	0%
18	El deseo del niño de ver a los abuelos y a la familia extensa.	5	0	100%	0%
19	El afecto del niño por cada progenitor.	5	0	100%	0%
20	Capacidad de cada progenitor de proporcionar un ambiente "familiar".	5	0	100%	0%
21	El nivel de conflicto entre los padres.	5	0	100%	0%
22	Capacidad de cada progenitor para satisfacer las necesidades de salud del niño.	5	0	100%	0%
23	Sensaciones de cada padre sobre su responsabilidad con el niño.	5	0	100%	0%
24	Buena voluntad de cada progenitor par no prohibir el contacto del	5	0	100%	0%

	niño con el otro progenitor.				
25	Cualquier miedo que el niño tenga sobre la situación actual de la familia.	5	0	100%	0%
26	Desahogo financiero de cada padre.	5	0	100%	0%
27	Opiniones y preferencias del niño de 0 y 5 años.	0	5	0%	100%
28	La rutina diaria del niño.	5	0	100%	0%
29	Historia psíquica de cada progenitor	5	0	100%	0%
30	Preferencias de cada progenitor por desarrollar un plan de parentabilidad compartido.	5	0	100%	0%
31	Estilo parental de cada progenitor, incluyendo el tipo de disciplina.	5	0	100%	0%
32	Orientación sexual de cada padre.	5	0	100%	0%
33	Grado de contacto paterno-filial durante la separación.	5	0	100%	0%
34	Opiniones y preferencias del niño de entre 9 y 11 años.	5	0	100%	0%
35	Violencia física en la relación parental.	5	0	100%	0%
36	Grado al cual las nuevas parejas de los padres pueden contribuir al cuidado de los niños.	2	3	40%	60%
37	Las necesidades académicas del niño.	5	0	100%	0%
38	Presión parental sobre el niño para que "elija" a un progenitor.	4	1	80%	20%
39	Preferencia por el cuidado de la madre si es un niño pequeño.	1	4	20%	80%
40	Opiniones y preferencias del niño de entre 6 y 8 años.	5	0	100%	0%
41	Presencia de haber sufrido abuso sexual en el pasado de un progenitor.	5	0	100%	0%
42	Uso actual de alcohol o drogas en cada progenitor.	5	0	100%	0%
43	Los intereses y actividades preferidas del niño.	5	0	100%	0%
44	La capacidad de los progenitores de cooperar con el otro en las tareas parentales.	5	0	100%	0%
45	Necesidad del niño de las relaciones con sus hermanos.	5	0	100%	0%
46	Las necesidades emocionales del niño.	5	0	100%	0%
47	Antecedentes del nivel en que los progenitores han compartido las responsabilidades parentales	5	0	100%	0%
48	Grado de contacto paterno-filial antes de la separación.	5	0	100%	0%

- De los 48 factores, 44 tienen un porcentaje mayoritario, siendo SI determinantes para el otorgamiento de un Tipo de Tenencia por los 5 Jueces de Familia. De los 48 factores, 3 factores NO son determinantes para el otorgamiento de un Tipo de Tenencia, factor N°27 por los 5 Jueces, factor N°6 por 5 Jueces y factor N° 39 por 4 Jueces.

OTRAS OBSERVACIONES: posterior a la encuesta se procedió a realizar una entrevista correspondiente a la siguiente pregunta:

¿Considera aplicable la Institución de la Tenencia Compartida?

Tabla 4: Considera aplicable la Tenencia Compartida- Juzgados de Familia de Trujillo.

		Nº de Jueces	(%) Porcentaje
SI considera		1	10%
NO considera		3	80%
NO OPINO		1	10%
		5	100%

- El mayor número de jueces entrevistados opinó que NO considera aplicable la Tenencia Compartida (80%). El menor número de jueces entrevistados opinó que SI considera aplicable la Tenencia Compartida (10%).

CAPÍTULO 6. DISCUSIÓN

Esta investigación tuvo como objetivo identificar aquellos factores que fundan las decisiones judiciales en torno a la atribución de la tenencia de menores. Siguiendo el proceso de identificación y determinación de los factores empleados por los jueces de familia para el establecimiento de la Tenencia, se analizaron las sentencias emitidas por los juzgados especializados en Familia de la ciudad de Trujillo durante el año 2011, observándose que de aquellas sentencias en el 100 % de los casos resolvieron atribuir la Tenencia de manera exclusiva (a uno solo de los progenitores) y en el 90 % de los casos evaluados se otorgó la tenencia exclusiva materna, aun cuando concurren los presupuestos legales (petición de los padres, ausencia de indicios de violencia doméstica y de género, informes favorables del Ministerio Fiscal y del Equipo Técnico) y los criterios o circunstancias fácticas que harían posible acordarse la custodia compartida porque el interés del menor se concretará en el mantenimiento de relaciones personales y cuidado directo de modo regular con su padre y con su madre, está última en ninguno de los casos evaluados se otorgó.

En los expedientes estudiados se ha podido observar además la falta de cooperación de los padres, quienes disputan el “derecho” de la atribución de la tenencia de su menor hijo,

atribuyéndose preferencias el uno sobre el otro sin considerar el derecho de sus propios hijos a mantener las relaciones con sus padres post-separación conyugal, garantizando el Principio del Interés Superior del Niño, cuyo objetivo es mantener, preservar y tutelar el bienestar y el desarrollo integral del menor en el seno de su familia y sociedad.

De los resultados obtenidos, se concluyó que los factores tomados en consideración para la atribución de la tenencia, son principalmente:

a. Edad del Menor.

Este factor actúa de manera positiva a favor de las madres en aplicación del inciso b. del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes.

b. Tiempo de convivencia del menor con cada uno de sus progenitores.

Este factor actúa de manera positiva a favor del progenitor con quien convivió más tiempo en aplicación del inciso a. del artículo 84º del Código de los Niños y Adolescentes.

En las encuestas realizadas a los jueces de familia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, estos señalaron en el 80 % de los casos, NO al factor N° 39 “preferencia por el cuidado de la madre si es un niño pequeño” lo que no se manifiesta en sus propias sentencias. Concluyendo que si bien señalan no tener preferencia por la asignación de la tenencia exclusiva materna, la otorgan en el 90 % de los casos.

Edad del Menor

Argentina, Artº 205 del Código Civil: *“los hijos menores de 5 años quedarán a cargo de la madre”*

Colombia, Artº 160º del Código Civil: *“...los hijos menores de siete años y las mujeres, especialmente, quedarán en poder de la madre”.*

Perú, Art. 84º.b del Código de los Niños y Adolescentes: *“el hijo menor de tres años deberá permanecer con la madre”*

Casación N° 1006-2007 Sala Civil Transitoria. Corte Suprema de Justicia de la Republica: *“... y teniendo en cuenta que es una niña de ocho años, su decisión no puede valorarse para definir su custodia, teniendo en cuenta su género y por la edad del menor (8 años) requiere de la presencia insustituible de la progenitora para brindarle los cuidados propios de su edad”.*

Como se puede notar no existe consenso alguno en la región en torno a la edad del menor, ni siquiera dentro de nuestro sistema judicial, lo que evidencia que este factor es usado de manera arbitraria sin ningún argumento científico que lo respalde. Hasta la fecha puede afirmarse que no existen estudios sólidos que señalen como afecta la custodia compartida a un menor que no puede valerse por sí mismo, en ese sentido debe

procurarse la estabilidad del menor durante esta etapa, para lograr este cometido es necesario que este se encuentre en contacto permanente con ambos progenitores. Para lo que sí es determinante la edad del menor es para fijar la alternancia: a menor edad, mayor alternancia. (Aguilar, 2006, p. 94-95).

El establecer lazos afectivos con el padre en los primeros momentos de la existencia no sólo resulta beneficioso psicológicamente para los menores, pues se afirma por los expertos que esos primeros años son muy importantes, sino que incrementa el deseo del progenitor de realizar esfuerzos para la obtención de recursos en su beneficio, y dedicar tiempo a su cuidado. El padre que inicia y mantiene una relación de afectividad con sus hijos contribuye económicamente en mayor medida a su sustento y necesidades

Tiempo de Convivencia

Una decisión que favorezca que los progenitores que no conviven compartan los tiempos de convivencia con los hijos es coherente con la afirmación según la cual la mejor solución para los hijos es mantener relaciones con ambos progenitores y también con el ideal de alcanzar soluciones que sean justas en términos de relación entre los progenitores.

No sólo no se debería impedir que los padres que quieran ocuparse de los hijos puedan hacerlo, sino que debería ser favorecida la relación también en los casos de los que no se ocuparon con anterioridad. En función de la edad y las características de personalidad propias de los progenitores y los hijos, se entabla mejor relación con uno u otro en los diferentes momentos del crecimiento. El objetivo es procurar estabilidad en la vida de los hijos pues visualizaran las relaciones posteriores al divorcio como continuación de la familia intacta, de forma que el entorno habitual de los hijos y sus relaciones anteriores a la ruptura matrimonial serán básicamente los mismos.

El interés del menor es una noción vaga, imprecisa y, sobre todo, variable, pues cambia en función del intérprete (padres, jueces, legislador), del menor (varía de un menor a otro y, desde luego, en el mismo menor, varía con la edad) y de la evolución de las costumbres. Es el Juez quien debe apreciar cual es el interés del menor en cada situación, en cada ruptura, y decidir, conforme a este interés, las medidas personales y económicas que le afecten.

CONCLUSIONES

Los factores determinantes a favor de la Tenencia Monoparental que contravienen el Interés Superior del Niño son los siguientes:

1. La edad del menor (de 0-8 años deben permanecer con la madre)
2. Mayor tiempo de convivencia (relacionado a la lactancia cuando se encuentran en dicho período o por cuestiones de trabajo el menor pasa mayor tiempo con la madre o padre).
3. Opinión del menor (se toma en cuenta en función a la edad, de 0-8 años, no es posible adoptar criterios en base a su opinión)
4. Sexo del progenitor (haciendo comparaciones indiscriminadas, creencias poco ajustadas a la sociedad actual)
5. Informes sociales y psicológicos (que no son correctamente discutidos por el juez)
6. Demandas en contra del progenitor (filiación, alimentos, etc.)

La Tenencia Monoparental, se presenta como una figura disociadora de la relación paterno-filial desvinculándola, provocando una semiorfandad artificial sobre los niños y el ejercicio casual de la paternidad o maternidad (dependiendo a cuál de los progenitores fue otorgada la custodia).

Asimismo, la Tenencia Monoparental, como se pudo apreciar en las sentencias expedidas por los juzgados de familia, se presenta el poder hegemónico asentado generalmente en la madre, quien con diversos atributos otorgados desdibuja la paternidad.

La Tenencia Compartida, se refleja como el tipo de tenencia que asocia solidariamente una pareja coparental, es el referente que modula la función paternal en un clima y equilibrio interaccional dinámico, anclada en la autonomía y resguardo del interés superior del niño, que en su estilo cooperativo reforma y potencia la tutela interparental orientada al ejercicio recíproco de los roles socioafectivos y como alianza coparental constituye el espacio vincular que opera como soporte mutuo en la trama emocional con los hijos.

El Principio del Interés Superior del Niño resulta un factor y principio muy importante, en la medida de que en el ámbito de su aplicación, considera al niño como sujeto de

derechos, garantizando su futuro desarrollo integral, en razón a que sea participe de procesos familiares de responsabilidad compartida, permitiendo una integración con sus padres, quienes son los responsables a tenor de dicho principio, de garantizar su colaboración en actos que puedan afectar a sus hijos.

Se determinó que de 10 sentencias analizadas 7 otorgaron la Tenencia Monoparental, exclusivamente a favor de la madre, quien fue la demandante.

RECOMENDACIONES

- En el ámbito judicial, los factores, adoptados por los jueces para el otorgamiento de la Tenencia o un tipo de ella, deben ser evaluados y acordes a la realidad que se presenta, no en todos los casos presentados se podrán determinar o integrar los mismos criterios ya que cada uno responde a situaciones distintas, siendo el objetivo principal salvaguardar el desarrollo integral del menor.
- Se recomienda, a los jueces especializados en Familia, tener mayor reserva con los factores aplicados y la formulación de su criterio para el otorgamiento o reconocimiento de la Tenencia Monoparental, ya que este tipo de tenencia, puede generar por intermedio de la inculcación maliciosa y el comportamiento alienador de los diversos síndromes del SAP (síndrome de alienación parental) un poder de sugestión y coacción, lesionando al niño, al entorno familiar y específicamente a la madre o padre, porque provocan parentectomías y el alejamiento parental.
- Aplicar la Tenencia Compartida o Coparental, no como alternativa sino como regla general, implicaría contribuir a relacionar aspectos socio-jurídicos, que con la adecuada aplicación de los criterios y correcta discrecionalidad del juez, se llegue a sostener la familia rota, para que padre y madre puedan coparticipar parentalmente, en consideración a los hijos, quiénes tienen el derecho a la afectividad imperecedera y al rol socializador suministrado por sus dos figuras parentales.
- Contextualmente, la propuesta por el modelo coparental se cimenta, en que permite el sostenimiento del lazo paterno-filial, la obligación económica dual, la reducción del alejamiento paternal, la disminución de la sobrecarga de la maternidad y la separabilidad entre parentalidad y conyugalidad.
- El Principio del Interés Superior del Niño , comprende, según diversos estudios, que dispone de mecanismos más efectivos de protección de los derechos de los niños, en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos, por tanto los jueces especializados en Familia, deberán aplicar su correcta discrecionalidad, en la medida de integrar factores con el objetivo de otorgar la Tenencia de menores, en razón de reconocer que los niños pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres, que comprenden su desarrollo integral difiriendo de su edad.
- Se recomienda que si en su mayoría, las materias familiares son de competencia de jueces “especializados”, pues estos deben mantenerse en constantes

capacitaciones, con profesionales expertos en asuntos y trastornos familiares producto de separaciones de parejas en donde se encuentre de por medio un niño, resultando ser un objeto de disputa en medio de la relación familiar que se viene resquebrajando, dichas capacitaciones deberán comprender estudios actualizados en temas de derecho de familia en razón a las diversas manifestaciones sociales que afrontamos, donde el costumbrismo como fuente del derecho, aplicándolo a temas concernientes a relaciones familiares o parentales, resultan insuficiente, ya que hoy en día la familia como núcleo de la sociedad, y como tal responde a los constantes cambios de la sociedad.

- Finalmente se recomienda, se tome en cuenta la presente investigación a fin de poder mejorar sus conceptos e investigación, la cual contenga análisis de expedientes de distintos distritos judiciales y/o a nivel nacional, ampliando el panorama, lo cual permitirá comparar muestras y resultados. Así mismo, realizar trabajos donde también se puedan determinar los factores adoptados por los fiscales de familia, quienes emiten el dictamen dirigido al juez quien forma su propio criterio y decisión concernientes a los temas de Otorgamiento de la Tenencia de Menores.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguila, G., & Capcha, E. (2007). *El ABC del Derecho Civil*. LIMA: SAN MARCOS.
- Aguilar, B. (2012). ¿La tenencia es aributo exclusivo de la patria potestad o también puede extenderse a otros parientes? *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 164 , 28.
- Aguilar, B. (2012). ¿La tenencia es aributo exclusivo de la patria potestad o también puede extenderse a otros parientes? *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 164 , 28.
- Aguilar, B. (2012). ¿La tenencia es atributo exclusivo de la patria potestad o también puede extenderse a otros parientes? *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 164 , 30.
- APFS, F. (2007). *Informe Recuento: Custodia Compartida*. Obtenido de <http://www.adiospapa.org/coparentalidad>
- Aramburu, I., Chato, M., Martín, B., & Pérez-Villar, R. (24 de Julio de 2007). *ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO SOBRE LA REGULACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA*. Recuperado el 10 de Agosto de 2013, de <http://www.mujeresjuristas.org>
- Avendaño, J. (2012). Código Civil Digital. *Gaceta Jurídica* , 183.
- Beltrán, P. (2009). "El mejor padre son ambos padres" ¿ Es viable la tenencia compartida en el Perú? *Boletín de la Familia* N° 11-2009-UNIFE FACULTAD DE DERECHO , 60.
- Beltrán, P. (2009). "El mejor padre son ambos padres" ¿ Es viable la tenencia compartida en el Perú? *Boletín del Instituto de la Familia* N° 11-2009- UNIFE FACULTAD DE DERECHO , 53-65.
- Beltrán, P. (2009). "El mejor padre son ambos padres" ¿Es viable la Tenencia Compartida en el Perú? *Boletín de la Familia* N° 11-2009-UNIFE FACULTAD DE DERECHO , 53-65.
- Bermudez, M. (2012). La mejor cualidad como condición para ponderar la tenencia de menor cuando hay conflicto entre progenirot y abuelos. *Diálogo con la jurisprudencia* N° 164 , 35-41.
- Buchanan, C., & Maccoby. (1996). *Adolescents After Divorce* Harvard University Press.
- Carbonell, F., Lanzon, J., & Mosquera, S. (2010). *CÓDIGO CIVIL, Comentado-Concordado-Anotado TOMO 5 Artículos 287 al 659 FAMILIA*. LIMA-PERU: EDICIONES JURÍDICAS.
- Castellanos, J., Díaz, L., Hernandez, J., Pezo, J., & Sosa, J. (2011). *INSTITUCIONES SUPLETORIAS DEL AMPARO*. Chiclayo.
- COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, C. d. (2006). *Proyecto de Ley N°199/2006-CR, que propone modificar el Código de Niños y Adolescentes, a fin de incorporar la Tenencia Compartida*. LIMA.
- Correa, M. (s.f.). *El interés superior del niño en el Derecho chileno*. Recuperado el 14 de Setiembre de 2013, de <http://escuela.med.puc.cl/publ/arsmedica/ArsMedica16/InteresSuperior.html>
- Correa, M. (s.f.). *El interés superior del niño en el Derecho chileno*. Recuperado el 14 de Setiembre de 2013, de <http://escuela.med.puc.cl/publ/arsmedica/ArsMedica16/InteresSuperior.html>
- Cuculiza, L. (2007). PROPUESTA LEGISLATIVA: LEY 29269 LEY DE TENENCIA COMPARTIDA. *Trasncripción del Debate Comisión de la Mujer y Desarrollo Social*, (págs. 1-19). Lima.
- Children Rights Council*. (s.f.). Recuperado el 17 de Mayo de 2012, de <http://www.gocrc.com>
- Echavarría, K. (Noviembre de 2011). LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS. *DOCTORADO PROBLEMÁTICA ACTUAL DE DERECHO DE FAMILIA* . GRANADA, ESPAÑA.
- Echevarría, K. (2011). *LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS*.

- El Principio del Interés Superior del Niño*. (16 de Junio de 2012). Recuperado el 16 de Junio de 2012, de http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf.
- Glover, R., & Steele, C. (1989). "Comparing the Effects on the Child of Post-divorce Parenting Arrangements". *Journal of Divorce* , 2-3.
- Hollweck, M. (2001). *Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares*. Buenos Aires: Thomson La Ley.
- Ibáñez, V. (Noviembre de 2004). EL LABERINTO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA-Claroscuros de un solo nombre con varios significados. 'DF', *Boletín de Derecho de Familia* , 1-15.
- Ibáñez, V. (2004). EL LABERINTO DE LA CUSTODIA COPARTIDA, Claroscuros de un solo nombre con varios significados. 'DF', *Boletín de Derecho de Familia* , 1-15.
- Mosquera, C. C. (2012). Tenencia de menor solo puede ser ejercida por los padres. *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 164 , 21.
- OEA: *Interés Superior del Niño*. (17 de Mayo de 2012). Recuperado el 17 de Mayo de 2012, de <http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf>.
- Ortega, I. (2002). *EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LAS SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR: UNA PERSPECTIVA COMPARADA EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA*. Recuperado el 1 de Setiembre de 2013, de <http://masterforense.com/pdf/2002/2002art18.pdf>
- PadresXSiempre. (10 de Julio de 2010). *La custodia compartida o coparentalidad*. Obtenido de <http://www.padresporsiempre.es/custodiacom.html>
- Perez, M. (2006). "PADRES QUE ASUMEN LA CUSTODIA DE SUS HIJOS EN AUSENCIA DE LA FIGURA MATERNA: MIRADAS Y RETOS".
- Rockwell-E., & E., K. (1991). *Parental and Children's Experiences and Adjustment in Maternal Versus Joint Custody Families*. Texas.
- Rodríguez, T. (2008). Custodia Compartida: una alternativa que apuesta por la no disolución de la familia. *REVISTA TRIMESTRAL LATINOAMERICANA Y CARIBEÑA DE DESARROLLO SUSTENTABLE* , 2/4.
- Rosales, M. (2005). CUSTODIA COMPARTIDA. *III ciclo de conferencias sobre temas actuales de la familia, organizado por la Agrupación Granadina de Madres y Padres Separados Canaletas-Alhambra.*, (págs. 1-21). Granada.
- Solano Jaime, R. Y. (2 de Febrero de 2008). LA TENENCIA COMPARTIDA ¿SOLUCIÓN A LA BATALLA LEGAL QUE OTORGA COMO TROFEO A LOS HIJOS? LA TENENCIA COMPARTIDA ¿SOLUCIÓN A LA BATALLA LEGAL QUE OTORGA COMO TROFEO A LOS HIJOS? Lima, Lima, Perú.
- Steffen, M. (2003). *COPARENTALIDAD POST-SEPARACIÓN CONYUGAL* .
- Steffen, M. (2002). *COPARENTALIDAD POST-SEPARACIÓN CONYUGAL UN PARADIGMA FAMILIAR DE TUICIÓN COMPARTIDA CHILENO. TESIS PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN CIENCIAS DE LA EDUCACIÓN CON MENCIÓN EN: ORIENTACIÓN FAMILIAR, RELACIONES HUMANAS Y FAMILIA* . CHILE.
- Tenencia*. (2011). Recuperado el 12 de Junio de 2012, de sitio web de divorcioperu: www.divorcioperu.com/tenencia.php 2011
- Torres, J. M. (Octubre de 2011). *CUSTODIA COMPARTIDA: UNA ALTERNATIVA EXIGIDA POR LA NUEVA REALIDAD SOCIAL*. Recuperado el 1 de Setiembre de 2013, de InDret: http://www.indret.com/pdf/853_es.pdf

Varsi, E. (2011). *TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA, La nueva teoría institucional y jurídica de la familia, TOMO I*. LIMA: EL BÚHO E.I.R.L.

Vezzetti, V. (2012). PRIMER ARTÍCULO CIENTÍFICO ITALIANO SOBRE LA EVALUACIÓN DEL DOMICILIO EN NIÑOS DE PADRES DIVORCIADOS. *REVISTA OFICIAL DE LA SOCIEDAD ITALIANA DE PEDIATRIA PREVENTIVA Y SOCIAL* .

ANEXOS.

Anexo 1

Matriz de consistencia

TÍTULO: FACTORES DETERMINANTES DE LA TENENCIA DE MENORES EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE TRUJILLO: La primacía del Interés Superior del Niño			
PROBLEMA: ¿Cuáles son los factores determinantes a favor de la Tenencia de menores que contravienen el Principio del Interés Superior del Niño en los Juzgados de Familia de la ciudad de Trujillo período 2011?	OBJETIVOS: OBJETIVO GENERAL <ul style="list-style-type: none"> - Establecer cuáles son los factores determinantes a favor de la Tenencia de menores que contravienen el Interés Superior del Niño. OBJETIVOS ESPECÍFICOS <ul style="list-style-type: none"> - Analizar los alcances de la tenencia de menores. - Analizar los alcances de los tipos Tenencia de menores. - Analizar la importancia 	HIPÓTESIS: Los factores determinantes a favor de la Tenencia de Menores, edad del menor y tiempo de convivencia del menor con cada uno de sus progenitores, establecidos en las sentencias analizadas, expedidas por los juzgados de Familia de la ciudad de Trujillo, no son los adecuados para el mejor desarrollo y proceso de formación del niño y/o adolescente, porque someten al menor a una Tenencia Monoparental o exclusiva a favor de un solo progenitor, lo cual afecta la formación de los hijos,	METODOLOGÍA: TIPO DE INVESTIGACIÓN: <ul style="list-style-type: none"> - Básica DISEÑO <ul style="list-style-type: none"> - No Experimental-Transversal POBLACIÓN Y MUESTRA Los expedientes de Procesos de Tenencia, que serán solicitados en los juzgados de familia, los cuales posteriormente se analizarán durante el desarrollo de la investigación.
			UNIDAD DE ANÁLISIS

	<p>del Principio del Interés Superior del Niño.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Identificar cuáles son los factores empleados para optar por un tipo de Tenencia <p>JUSTIFICACIÓN:</p> <p>La presente investigación es relevante teóricamente desde una perspectiva básicamente procesal, y concretamente desde un punto de vista donde los menores, sujetos de un proceso de Tenencia interpuesto por sus padres o uno de ellos sean reconocidos como sujetos de derecho. El objetivo es guiar con reglas y principios la actividad judicial que compete a los jueces de familia, quienes deben actuar en base a factores jurídicos que se desprendan del caso en particular, permitiendo que sus decisiones no sean propensas a manipulaciones</p>	<p>quienes pierden el derecho a mantener las relaciones estables con sus padres, afectando su desarrollo integral lo cual implica ir en contra del Principio del Interés Superior del Niño. Por lo tanto, afecta todo aquello que es esencial para su desarrollo integral, sometiéndolos a una semiorfandad artificial, puesto que, alejando al menor de la presencia de su padre o madre genera situaciones de descontento y conflictos durante su formación en familia y sociedad, que bajo ninguna percepción lógica puede ser favorable para el desarrollo y bienestar del niño, niña o adolescente.</p> <p>VARIABLES:</p> <p>VARIABLE UNO:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Los factores determinantes a 	<p>Los factores de los jueces que afectan el Principio del Interés Superior del Niño .</p> <p>TÉCNICAS E INSTRUMENTOS</p> <ul style="list-style-type: none"> - Entrevistas - Encuestas - Fichaje bibliográfico - Estudios y análisis documentales.
--	---	--	---

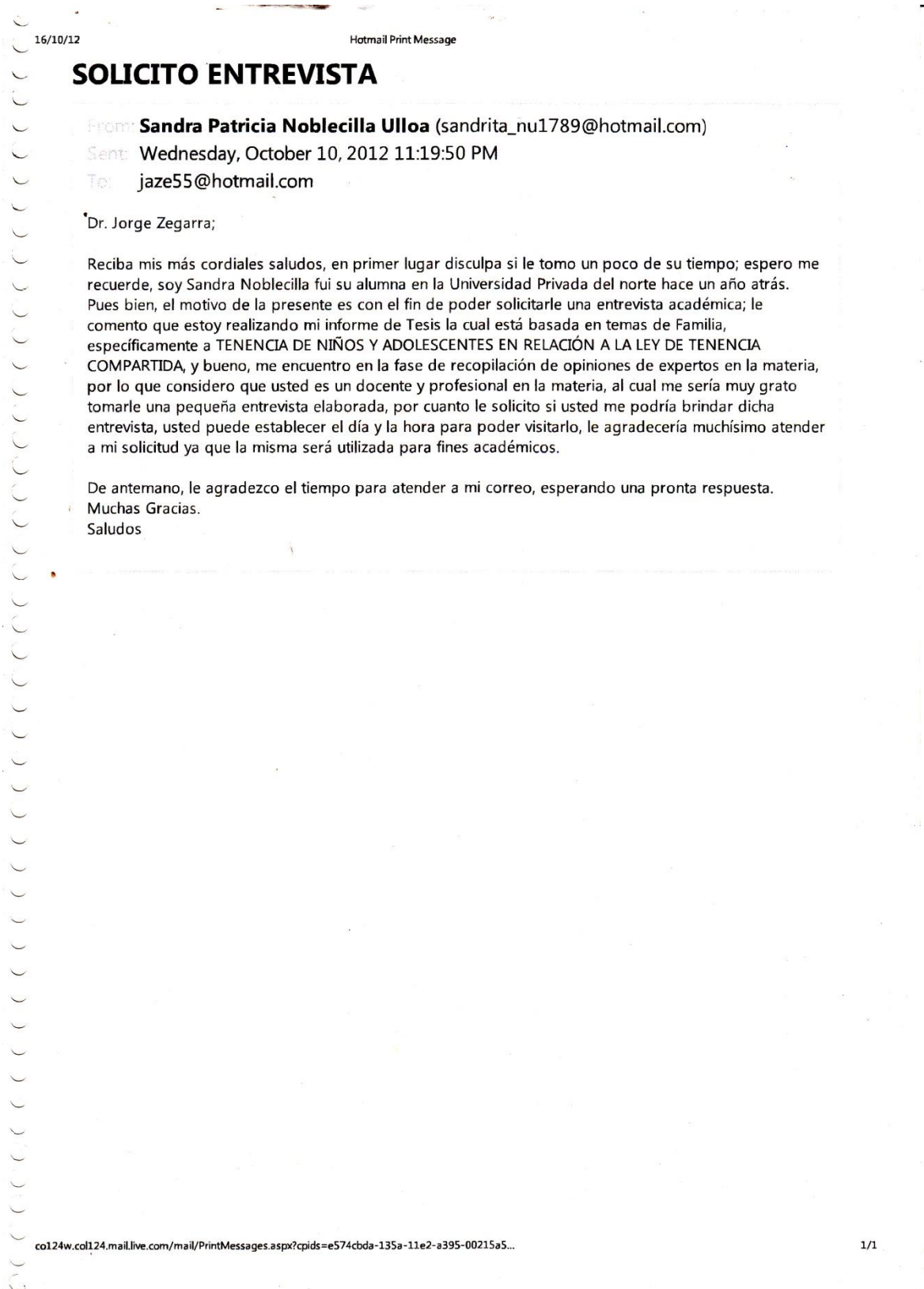
	<p>o factores determinados por simples opiniones.</p> <p>La precaria formación dogmática a nivel nacional de este campo del derecho, por parte de los abogados y operadores de justicia, abona fácilmente el terreno para que la situación se presente. Debido a los conflictos intersubjetivos que se presentan, teniendo en cuenta que dicho conflicto se da por el desencuentro de intereses en los que tanto uno como otro proponen argumentos que respaldan su interés, pues la presente investigación resulta relevante en la práctica, en la medida de que no se pretende aportar tan solo soluciones teóricas de manera normativa, sino que estás brinden un mensaje específico a las personas a la sociedad, sobre la debida protección que el sistema de justicia debe proporcionar a los casos en que se encuentren inmiscuidos</p>	<p>favor de la Tenencia Monoparental.</p> <p>VARIABLE DOS:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Que contraviene El Principio del Interés Superior del Niño. 	
--	--	---	--

	<p>niños, niñas y adolescentes. Por tanto el Juez, no debe hacerse un juicio previo y conocer el grado de afectividad de los menores para con sus padres, o la madurez psicológica de ellos si es que antes no ha analizado sus actitudes, el conflicto que trae consigo y/o la opinión que este tenga sobre el asunto.</p> <p>En el aspecto valorativo, la investigación es importante ya que se justifica en brindar y aportar concepciones novedosas, que están orientadas a trabajar en función a las doctrinas y normas inspiradas en la protección integral del niño en base al Principio del Interés Superior del Niño, quien se encuentra inmerso dentro de una sociedad cambiante, de tal manera que se pueda hacer efectiva la protección que se busca para los menores sujetos dentro de un proceso judicial en donde sus padres entran en</p>		
--	---	--	--

	<p>conflicto.</p> <p>Si atendemos, a que la presente investigación tiene como tipo de estudio teórica y demostrativa, acerca de la intervención por parte de los jueces en los procesos de Tenencia de menores, pues dicha investigación verterá conocimientos propios al estudiante de pregrado y postgrado de la facultad de derecho, ya que las motivaciones, intereses y aportes están dirigidos a brindar un concepto mucho más amplio sobre la institución de la Tenencia y los derechos del niño y adolescente frente a sus padres, construyendo una reflexión sobre los problemas que nosotros como operadores legales percibimos en nuestro entorno de conocimiento.</p>		
--	---	--	--

Anexo 2

Solicitud de entrevista dirigida al Dr. Jorge Zegarra Esacalante, docente de Derecho de familia de la Universidad Privada del Norte.



Anexo 3

Solicitud de estadística de expedientes de procesos de tenencia de menores, dirigido al señor Ronald La Madrid, Jefe de Estadística de la Corte Superior de Justicia de la Libertad.



**SOLICITO ESTADÍSTICA DE EXPEDIENTES
DE TENENCIA DE MENORES**

**SR. RONALD LA MADRID
JEFE DE ESTADISTICA DE LA CSJLL.-**

Yo, SANDRA PATRICIA NOBLECILLA ULLOA, identificada con DNI N° 45702669, domiciliada en Calle María Parado de Bellido ~~12~~, Urbanización Vista Alegre, Distrito de Víctor Larco Herrera, Provincia de Trujillo, Departamento de La Libertad, con correo electrónico sandrita_nu1789@hotmail.com; estudiante del XII Ciclo de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada del Norte, con número de ID CARD 46712; a usted me presento y digo:

Que acudo a las instalaciones de su centro de trabajo, para solicitarle me pueda facilitar la información estadística de los procesos en materia de TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES, dirigidos por los Juzgados de Familia de esta Corte, los que se encuentren con sentencia emitida y que correspondan al período Enero 2011 hasta la fecha; ya que dicha información será empleada para fines académicos.

Por lo que SOLICITO, sirva usted, atender mi solicitud.

ATTE,

SANDRA PATRICIA NOBLECILLA ULLOA
DNI N° 45702669

Trujillo, 10 de Octubre del 2012

Anexo 4

Cuadro del total de expedientes sentenciados en el 2011, materia: Tenencia de niños y adolescentes, elaborado por la oficina de estadística de la Corte Superior de Justicia de la Libertad.

TOTAL JUZGADO DE FAMILIA -- PROCESOS CIVILES ENERO - DICIEMBRE AÑO 2011

MATERIA	EXPEDIENT INGRESO DEL AÑO	R E S O L U C I O N E S											
		S E N T E N C I A S						A U T O S					
		AUTORIZA	FUNDADA	INFUNDADA	IMPROCEDENTE	OTROS	TOTAL	ABANDONO	ARCHIVO	CONCILIA	IMPROCED	OTROS	TOTAL
ADOPCION	30	0	13	0	0	0	13	8	17	0	1	2	28
ALIMENTOS	562	48	220	27	3	164	462	0	7	2	13	48	70
AUTORIZA VIAJE	68	2	17	1	0	0	20	2	21	1	2	7	33
AUTORIZ. MATRIMONIO	5	0	4	0	0	0	4	0	0	0	0	1	1
AUTORIZ. ENAJENAR B.	103	1	38	2	0	1	42	0	21	0	10	4	35
DIVORCIO	407	0	147	14	6	1	168	50	100	0	14	37	201
PATRIA POTESTAD	9	0	0	0	0	0	0	0	1	0	1	0	2
REGIMEN VISITAS	94	0	7	0	0	0	7	4	26	11	2	11	54
SEPARACION CONVENC.	288	2	348	1	0	3	354	25	64	0	5	15	109
TENENCIA MENOR	287	0	43	13	3	0	59	20	98	34	20	34	206
TUTELA MENOR	24	0	6	3	0	0	9	7	7	3	2	2	21
VIOLENCIA FAMILIAR	1681	3	268	7	0	5	283	10	1009	119	11	279	1428
OTROS	655	1	142	28	8	48	227	38	109	5	49	100	301
TOTAL	4213	57	1253	96	20	222	1648	164	1480	175	130	540	2489

Fuente: Juzgados Especializados de Familia

Elaborado: Oficina de Estadística de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

Lic. Ronald Lamadrid Ramirez
JEFE OFICINA DE ESTADISTICAS
PUESTO JUDICIAL LA LIBERTAD

Anexo 5

OFICIO ADM. N° 64-2012-DJ-2JEFT

**"AÑO DE LA INTEGRACIÓN NACIONAL Y RECONOCIMIENTO DE
NUESTRA DIVERSIDAD"**

Trujillo, 31 de Octubre del 2012

OFICIO ADM. N° 64- 2012-DJ- 2JEFT

SEÑORITA:

JACKELINE VASQUEZ MORON

**COORDINADORA DE LA OFICINA DEL ARCHIVO CENTRAL DE LA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD**

PRESENTE.-

Tengo el agrado de dirigirme a Ud., a fin de solicitarle se sirva facilitar los LEGAJOS DE SENTENCIAS DEL AÑO 2011 del Juzgado a mi cargo, a la Señorita SANDRA PATRICIA NOBLECILLA ULLOA- Estudiante del doceavo ciclo de Derecho de la Universidad Privada del Norte de esta ciudad. Agradeciéndole por anticipado su gentileza.

Es propicia la oportunidad para expresarle a usted los sentimientos de mi especial consideración y estima personal.

ATENTAMENTE



DR. FABIÁN ANTONIO GÓMEZ CALDERÓN
JUEZ SUPERNUMERARIO
Segundo Juzgado de Familia
Corte Superior de Justicia de La Libertad



Anexo 6

EXP. N.º 04493-2008-PA/TC

LIMA

LENY DE LA CRUZ FLORES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de junio de 2010, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los Magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Leny de la Cruz Flores contra la sentencia expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de folios 40 del segundo cuadernillo, su fecha 26 de junio de 2008, que declaró improcedente la demanda de autos.

“El modelo constitucional de la familia en la Constitución de 1993

7. El constitucionalismo de inicios del siglo XX otorgó por primera vez a la familia un lugar en las normas fundamentales de los Estados. Sin embargo, es de precisar que en los inicios del referido siglo se identificaba al matrimonio como único elemento creador de la familia. Se trataba de un modelo de familia matrimonial, tradicional y nuclear, en donde el varón era “cabeza de familia” y se desarrollaba en la esfera pública y profesional, dedicado a cubrir los gastos familiares, mientras que el rol de la mujer se constreñía a la esfera privada del cuidado del hogar y los hijos. Desde una perspectiva jurídica tradicional, la familia “está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco” [BOSSERT, Gustavo A. y ZANONNI, Eduardo A. Manual de derecho de familia. 4ª ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 6.]. No obstante ello, en las últimas décadas del siglo XX, la legislación y jurisprudencia comparada se esmeraron en distinguir los conceptos de familia y matrimonio, estableciendo que el matrimonio no era la única manera de generar familia. Por ejemplo, en las constituciones de 1979 y 1993 se recoge como conceptos distintos la familia y el matrimonio.

8. En lo que respecta a la familia, siendo un instituto constitucional, ésta se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de todo ello es que se hayan generado estructuras familiares distintas a la tradicional, como son las familias de hecho, las monopaternales o las reconstituidas. Al respecto, debe preciarse que, de lo expuesto no debe deducirse que la familia se encuentra en una etapa de descomposición, sino de crisis de transformación; se trata por el contrario de la normal adaptación de esta institución a los rápidos cambios sociales, políticos históricos y morales de la mayoría de la población.

9. No obstante, debe tomarse en cuenta que los acelerados cambios sociales pueden generar una brecha entre la realidad y la legislación, provocando vacíos

en el ordenamiento jurídico. En tal sentido, frente a conflictos intersubjetivos que versen sobre las nuevas estructuras familiares, los jueces tendrán que aplicar los principios constitucionales a fin de resolverlos, interpretando la legislación también en función de la realidad, y por consiguiente brindando la paz social que es tarea prevalente del derecho”.

ANEXO 7

EXP. N.º 01817-2009-PHC/TC

LIMA

J.A.R.R.A. Y V.R.R.A.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 7 días del mes de octubre de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Beaumont Callirgos, que se adjunta

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Shelah Allison Hoefken contra la sentencia de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 821, su fecha 31 de octubre de 2008, que declaró infundada la demanda de autos.

“§2. El principio de protección especial del niño

4. El principio de protección especial del niño se erige en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un principio fundamental. Fue inicialmente enunciado en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, que parte de la premisa de que los niños son lo mejor que tiene la humanidad, razón por la cual deben ser especialmente protegidos.

De una manera más amplia y precisa este principio fue reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su Principio 2 señala que el “niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”.

Por su parte, el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos también reconoce este principio al señalar que la infancia tiene “derecho a cuidados y asistencia especiales”. En sentido similar, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que los “Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar”.

Finalmente, el artículo 19º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que todo “niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

ANEXO 8

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL EN MATERIA DE FAMILIA 30 de noviembre y 01 de diciembre de 2007

“11. CONVIVENCIA Y RIESGOS DE DISPONER LA INSTITUCIÓN DE LA COPARENTALIDAD O TENENCIA COMPARTIDA EN LAS DECISIONES O PROCESOS DE FAMILIA

CONCLUSIÓN

La tenencia compartida en períodos cortos atenta gravemente contra la estabilidad de un niño pues debe tener una idea y concepción estable de un hogar, entender la separación de hecho de sus padres y aceptar el régimen de visitas. La tenencia compartida es recomendable en períodos largos, con la debida preparación a los padres y al niño o adolescente, y con seguimiento del equipo multidisciplinario para que no atente gravemente contra la estabilidad del hijo”.

ANEXO 9

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea

General en su Resolución

2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966

“ARTÍCULO 23.4 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)

“Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”.

ARTÍCULO 24.1 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)

“Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.”

ANEXO 10

LEY N° 30162

LEY DE ACOGIMIENTO FAMILIAR

Artículo 1. Objeto

El acogimiento familiar tiene como objeto que los niños, niñas y adolescentes que no puedan vivir con sus padres, lo hagan de manera excepcional y temporal con un núcleo familiar que les permita la restitución, el disfrute, el goce y ejercicio de su derecho a vivir en una familia y les provea los cuidados necesarios para su desarrollo, siempre que sea favorable a su interés superior.

Artículo 2. Definición

“El acogimiento familiar es una medida de protección temporal que se aplica a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de abandono o desprotección familiar con la finalidad de ser integrados a su familia extensa o a una familia no consanguínea previamente evaluada o seleccionada.

Los integrantes de la familia extensa o terceros con vínculos afectivos o de afinidad podrán solicitar directamente a la autoridad competente el acogimiento familiar, en los casos en que los niños, niñas y adolescentes se encuentran en situación de desprotección familiar o riesgo, por la amenaza o violación de sus derechos o cuando los progenitores no puedan cumplir con sus obligaciones parentales por circunstancias graves o excepcionales...”

Artículo 5. Tipos de acogimiento familiar

5.1 Acogimiento en familia extensa

Mediante esta medida de protección se dispone el acogimiento del niño, niña y adolescente en su familia extensa, considerando a los abuelos y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, con la finalidad de sustituir temporalmente su núcleo familiar y asumir las responsabilidades de la tutela conforme a los artículos 526, 527 y 528 del Código Civil.(...)